إخلاص الناوي

في

إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي

لنجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني

المتوفى ٦٦٥ هـ

تأليف

شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله

المعروف بابن المقرئ

المتوفى ٨٣٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود   الشيخ علي محمد معوض

الجزء الثالث

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٤ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
B.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3975-4



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الإيلاء(١)

وقوله: باب: الإيلاء: حلف زوج ولو بتعليق على ترك وطء ممكن كإيلاج حشفة وتغييبها بفرج و«ن ى ك» بلا تديين.

أى: الإيلاء فى اللغة الحلف واليمين، والأصل فى الإيلاء قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وهو يطلق على الحلف بالله، ولا يكون الحالف من الوطء مُوليًا إلا إذا كان زوجًا، ولا نعنى أن غير الزوج لا تنعقد يمينه بل تنعقد فإذا وطئ حنث، ولو

(١) «الإيلاء»: لغة فهو الحلف؛ قال الشاعر:

وأكذب ما يكون أبو المثنى   إذا آلى يمينا بالطلاق

من «آلى» بالمد، يؤلى: إذا حلف، ويرادف: اليمين والقسم؛ ولذا قرأ ابن‌عباس: «الذين يقسمون من نسائهم» وقيل فهو من الألِيّة-بالتشديد-وهى اليمين، والجمع: ألايا -بالتخفيف- كعطية وعطايا، قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه   وإن سبقت فيه الألية برت

فجمع بين المفرد والجمع.

وأما الإيلاء فى الاصطلاح:

فعند الشافعية: هو حلف زوج يصح طلاقه لَيَمْتنعن من وطئها مطلقا، أو فوق أربعة أشهر.

وعند الحنفية: هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر، أى: الزوجة، وهو تعريف لأحد قسمى الإيلاء الحقيقى، وهو ما اشتمل على القسم كقوله: آليت ألا أقربك، أو حلفت، أو كقوله: «أنا منك مُولٍ» قاصدا به الإيجاب، أو «أنت مثل امرأة فلان»، وقد كان فلان آلى من امرأته؛ لأن معناه: أنا منك حالف، وكذا الثانى يئول إليه فانجل إلى القسم. وبهذا سقط اعتراض ابن‌الهمام تبعا للشارح من أنه يرد عليه اليمين بتعليق ما لا يستشقه كقوله: «إن وطئتك فلله على أن أصلى ركعتين»؛ فإنه لا يكون موليا مع أن التعريف شامل له مع أن فى كونه موليا اختلافا فيما ذكروه من عدم كونه موليا، هو قول أبى يوسف، وقال محمد: يكون موليا؛ فجاز أن يكون المؤلف قصد تعريف الإيلاء المتفق عليه وإن كان المعتمد قول أبى يوسف.

والتعريف الشامل لكل من القسمين السالم من الإيراد قولنا اليمين على ترك قربانها أربعة أشهر فصاعدا بالقسم أو بتعليق ما يستشقه على القربان، وعلى هذا فقولهم: المولى من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة، مبنى على أحد قسمى الإيلاء الحقيقى؛ فلا يعترض عليهم بالمعنوى كما فى فتح القدير، والشامل لهما: المولى من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه. وأوردت عليه إيلاء الذمى على قول أبى حنيفة؛ فإنه إذا قربها خلا عنهما، ولكن قال فى الكافى: إنه ما خلا عن حنث لزمه بدليل أنه يحلف فى الدعاوى بالله العظيم ولكن منع من وجوب الكفارة عليه مانع، وهو كونها عبادة وهو ليس من أهلها، وما إذا قال لأربع نسوة: «والله لا أقربكن» صار موليا منهن، ويمكنه قربان ثلاث من غير شىء يلزمه؛ لأنه لا يحنث إلا بقربان جميعهن.

وعند المالكية كما عرفه ابن عرفة-: هو «حلف زوج على ترك وطء زوجته، يوجب خيارها فى طلاقه»

وأما عند الحنابلة: فهو حلف زوج يمكنه الجماع بالله-تعالى-أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، ولو قبل الدخول فى قُبُل، أبدا أو يطلق.

تزوجها بعد اليمين لم يكن مُوليًا وإن كان يحنث بوطئها.

ويصح تعليق اليمين فى الإيلاء وفى غير الإيلاء فإذا قال: إن دخلت الدار فوالله لا أطؤك، فدخلت الدار صار موليًا بدخولها.

وإنما يكون موليًا إذا حلف على ترك الوطء أما على سائر الاستمتاعات فلا يصير موليًا.

ويشترط أن يكون الوطء الذى حلف على تركه ممكنًا منه، فلو كان مجبوب الذكر أو أشله أو كانت رتقاء أو قرناء فلا إيلاء؛ إذ الوطء غير ممكن.

ثم الإيلاء صريح وكناية، فالصريح منه ضربان، ما يُدَيَّن فيه وما لا يدين، فإذا قال: والله لا أولجت حشفتى أو لا غيبتها[1] فى فرجك، وكذا ما كان من «ن ى ك» فهذه الألفاظ صريحة لا يدين فيها؛ لأنها غير مشتركة، فلو حلف بصريح من هذه المذكورات وقال: أردت به الاستمتاع فيما دون الفرج لم يدين، هكذا قالوه، ولا يخفى أنه إذا قال: أردت بالصريح كالوطء الفعل فى الدبر، أو أردت بالفرج الدبر - لا تكون إرادته منافية للفظ، وذلك لأن الفرج مشترك بين القبل والدبر، كالوطء مشترك بين الجماع ووطء القدم. لكنه فى الجماع أظهر وكذا لفظة «ن ى ك» تقع على الوطء فى القبل والدبر، فإذا نوى ذلك لم يأثم بوطئها فى القبل، هكذا قاله ابن الرفعة فى «المطلب».

وقال البلقينى: هو مقتضى نص الأم، وذكر الأذرعى مثله فى الفرج، ومعنى التديين: أنه يسقط عنه الإثم والكفارة.

وإذا علمت صدقه لم يجز لها مطالبته بالفيئة[2]، وإذا طلق عليه القاضى لم ينفذ باطنًا.

واعلم أنه فى «الروضة» وغيرها ذكر أن من حلف: لا يولج ذكره أو حشفته فى فرجها، صار موليًا، وكونه موليا بالحلف على إيلاج الذكر وتغييبه مشكل من حيث إن ذلك يقتضى أنه لا يحنث بإيلاج الحشفة، وهى لا تستحق زيادة عليها فلا حنث يلحقه بإيفائها حقها فكيف يكون موليًا؟!

وقد ذكر هذا الإشكال الفقيه أحمد بن موسى بن عجيل اليمنى، وكذا الجيلى[3] وتبعه

---

(١) فى ط: أغيبها.

(٢) فى أ: بالغيبة.

(٣) هو: عبد العزز بن عبد الكريم بن عبد الكافى، صائن الدين الجيلى، شارح التنبيه، قال الإسنوى: كان عالمًا مدققًا، شرح التنبيه شرحًا حسنًا، خاليًا عن الحشو، باحثًا عن الألفاظ، منبهًا على الاحترازات، لولا ما أفسده من النقول الباطلة كالنقل عن البخارى ومسلم ونحوهما، وبذلك حصل التوقف فى نقول كثيرة يعزوها إلى كتب غير معروفة بعد الفحص، وقد نبه ابن الصلاح والنووى فى نكته وابن دقيق العيد أنه لا يجوز الاعتماد على ما ينفرد به. ومن تصانيفه أيضًا: الإعجاز فى الألغاز، =

الطبرى وابن الرفعة والسنكلومى[١] وجمال الدين فى شروحهم على قوله فى «التنبيه»: ولا أغيب ذكرى فى فرجك.

وكذلك لو كان له حشفة تَمْرٍ فقال: والله لا أدخلت حشفتى فى فرجك، ونوى التمرة - فالظاهر أنه يدين، ولم أره مسطورًا.

وقوله: ووطء وجماع وإصابة وافتضاض بكر.

أى: وهذه الألفاظ صريحة وهى الضرب الثانى يدين فيها. فإذا قال: أردت الوطء بالقدم أو بالجماع الاجتماع بالأبدان، أو الإصابة بالرمى أو الافتضاض بالإصبع، دُيِّنَ ولم يقبل فى الحكم لأنها لا تستعمل غالبًا فى مخاطبة المرأة إلا للوطء بالذكر، وأما إذا قال: لا جامعتك بذكرى، فإنه لا يدين، وكذا سائرها.

وقوله: وكناية كمباضعة ولمس وغشيان وإتيان واجتماع، أو لأبعدن عنك مطلقًا أو أكثر من أربعة أشهر فى يمين، ومستبعد كخروج الدجال وموت زيد وقدوم استبعد.

أى: وهذه الألفاظ كلها كناية لأن لها حقائق غير الجماع لكنها تصلح للصرف إليه وهى فى غيره أشهر؛ فلزم كونها كناية فيه فإذا حلف على من وطئها بلفظ من الألفاظ الصريحة أو الكناية بالنية ولم يقدر بمدة فهو مُولٍ.

وكذا إن قدر بمدة تزيد على أربعة أشهر[٢]، كقوله: لا وطئتك خمسة أشهر.

= وهو دون التنبيه، توفى فى ربيع الأول سنة اثنتين وثلاثين وستمائة.
تنظر ترجمته في: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ٧٤)، طبقات السبكى (٨/ ٢٥٦).

(١) هو: أبو بكر بن إسماعيل بن عبد العزيز، الشيخ، العلامة الصالح، مجد الدين، السنكلومى المصر، مولده سنة سبع وسبعين وستمائة، قال الإسنوى: كان أمامًا فى الفقه، أصوليًا، محدثًا، نحويًا، ذكيًا، حسن التعبير، قانتًا لله، ومن تصانيفه: شرح التنبيه، والمنتخب مختصر الكفاية، وشرح المنهاج، وغير ذلك، توفى فى ربيع الأول سنة أربعين وسبعمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ٢٤٦)، طبقات السبكى (٩/ ٤٠٠).

(٢) الإيلاء الشرعى - عندنا هو: أن يحلف ألا يطأ امرأته أكثر من أربعة أشهر. وإن حلف ألا يطأها أربعة أشهر، أو ما دون ذلك، لم يكن موليًا فى الشرع، وكان حالفًا. وبه قال مالك، وأحمد، وأبو ثور.
وروى عن ابن عباس: أنه قال: لا يكون موليًا حتى يحلف ألا يطأها أبدًا، أو يطلق ولا يقدره بمدة.
فإن قدر ذلك بزمان وإن طال لم يكن موليًا؛ لأنه إذا قدره بزمان قدر على الخلاص بمضى الزمان من غير ضرر؛ فلم يصر موليًا؛ كما لو حلف على الامتناع من وطئها فى مكان دون مكان.
وقال أبو حنيفة: «إذا حلف ألا يطأ أربعة أشهر، كان موليًا»
وقال النخعى، والحسن البصرى، وابن أبى ليلى، وقتادة: إذا حلف ألا يطأها يومًا أو يومين، أو أقل، أو أكثر، كان موليًا؛ لأنها يمين تمنعه من الوطء؛ فأشبه الزمان المقدر.
دليلنا: قوله- تعالى- : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]. =

ويشترط أن تكون فى يمين واحدة.

فأما فى يمينين فأكثر كما إذا حلف لا يطؤها ثلاثة أشهر، ثم حلف لا يطؤها ثلاثة أشهر أخرى فلا تُجمع اليمينان لإثبات الإيلاء بل لكل يمين حكم نفسها.

وكذا الحكم لو وصل اليمين باليمين فقال: والله لا أطؤك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر؛ لأن اليمين الأولى تنحل بانقضاء مدتها وهى قدر مدة الإيلاء فلا يمكن المطالبة فيها بالفيئة ولا بعد انقضائها، وكذلك اليمين الأخرى، وإنما شرطت الزيادة على أربعة أشهر لأن الأربعة مدة المهلة.

وتكفى زيادة لحظة وإن لم تتأت المطالبة فيها، وتكون نتيجة الأولى[1] حصول الإثم بيمينه.

وإذا أطلق المولى فقال: والله لا وطئتك، ثم قال: أردت شهرين أو ثلاثة - دُيِّنَ ولم يقبل فى الحكم.

ومن صور الإيلاء أن يقيد الحلف من الوطء بأمر مستبعد حصوله فى أربعة أشهر وإن احتمل حصوله فيها كخروج الدجال ويأجوج ومأجوج ونزول عيسى عليه السلام، أو حتى

= فموضع الدليل عن ابن عباس: أن الله تعالى جعل لكل من آلى من امرأته أن يتربص أربعة أشهر، ولم يفرق بين أن يولى عنها أبدًا أو مدة دونها.

وموضع الدليل على أبى حنيفة، والنخعى، والبصرى: أن الله تعالى جعل للمولى أن يتربص أربعة أشهر، ثم قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وهذا يقتضى عفوه عن الكفارة بعد مدة التربص، والكفارة لا تجب إلا إذا كانت اليمين باقية.

ولأن المولى هو الذى منع نفسه باليمين من وطىء امرأته وقصد الإضرار بها، والإضرار لا يلحقها فى ترك وطئها ما دون أربعة أشهر؛ لما روى: أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - اجتاز فى موضع من المدينة ليلًا، فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبى خليل ألاعبه

وروى:

ألا طال هذا الليل واخضل جانبه ... وأرقنى ألا خليل ألاعبه

فوالله لولا الله لا رب غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربى والحياء يكفنى ... وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسألها عمر عن حالها، فأخبرته: أن زوجها قد بعثه إلى الجهاد، فلما كان من الغد، سأل عمر نسوة: كم تصبر المرأة عن زوجها؟

فقلن: شهرين، ويقل صبرها فى ثلاثة أشهر، ويفنى الصبر فى أربعة أشهر، فضرب لهم عمر - رضى الله عنه - مدة أربعة أشهر، فكلما قام الرجل فى الغزو أربعة أشهر، قدم إلى أهله، وذهب مكانه غيره، وكتب إلى أمراء الجنود: ألا يحبس الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر

(١) فى ط: الإيلاء.

أموت أو تموتى وكذا لو قال: حتى يموت زيد لأن موت الحى محتمل، ولكنه يستبعد فى مدة التربص، والتقييد بالمرض ودخول الدار [لا][١] يستبعد.

وإذا قيد بقدوم زيد نظرت: فإن كان بعيدًا بحيث لا تنقطع المسافة فى المدة أو كان ممن يستبعد قدومه كرجل لا يعتاد الخروج من بلده، فهو مُولٍ.

أما إذا لم يستبعد فلا يصير موليًا وإن مضت مدة التربص، وفى وجه يصير بعدها موليًا.

ومجرد الامتناع من الوطء لا أثر له.

وقوله فى «الحاوى»: أو بموت أو بقدوم زيد، وعلم تأخره عن المدة - مشكل؛ لأن العلم بتأخر موته وقدومه عن المدة متعذر، وإنما المراد استبعادهما وقد سبق ذكره.

وقوله: وبالتزام صوم لا ينقضى فى المدة وعتق كإن وطئت فعبدى حر عن ظهارى ويعتق عنه، وإن زاد: إن ظاهرت فبظهاره ولا يعتق عنه.

أى: الإيلاء حلف زوج ولو بتعليق وبالتزام صوم فإذا قال: إن وطئتك فلله على صوم شهر أو يوم، صار موليًا، وكذا التزام نحو عتق وطلاق واعتكاف وصدقة كذلك، ولا يختص الإيلاء باليمين بالله تعالى؛ إذ كل ما ذكرناه يسمى يمينًا فيتناوله إطلاق الآية.

وإن قال: إن وطئتك فلله على صوم ثلاثة أشهر من الغد أو صوم هذا الشهر لم يكن موليًا؛ لأنه إذا وطئ فى مدة التربص انحل الإيلاء أو بعده فقد فات محل الصوم فلا يحنث بالوطء بخلاف الصوم المطلق.

وإذا قال: إن وطئتك فعبدى حر عن ظهارى صار موليًا وتضرب له المدة، فإن وطئها عتق العبد عن الظهار ظاهرًا وباطنًا إن كان قد سبق منه ظهار، وإلا عتق ظاهرًا لإقراره بالظهار ودين، هذا إذا اقتصر على ذلك، فإن زاد: إن ظاهرت، بأن قال: إن وطئتك فعبدى حر عن ظهارى - بأن قال: إن ظاهرت - فقد علق العتق بوصفين: الوطء والظهار فلا يكون موليًا فى الحال؛ لأنا لو جعلناه موليًا ووطئ قبل أن يظاهر لم يقع بوطئه حنث بل يبقى عتق العبد متوقفًا على الظهار. فالوطء كالقرب[٢] من الحنث فلا يكون بذلك موليًا على ظاهر المذهب.

فإذا ظاهر قبل أن يطأ صار موليًا لأنه إذا وطئ بعد ذلك عتق العبد، ولكن لا يقع عن الظهار لسبق تعليقه على وجود الظهار، والعتق لا يقع عن الظهار إلا بلفظ يوجد بعده.

وإن وطئ ثم ظاهر بعد ذلك عتق العبد ولم يتوقف عتقه على وطء آخر. فبان لك بذلك

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: كالمقرب.

سقوط حكم الإيلاء بالوطء الأول.

ولو قال: إن وطئتك فعبدى حر إن ظاهرت، ولم يقل: عن ظهارى - لم يصر موليًا فى الحال.

والذى نقله فى «الروضة» عن المتولى أنه يصير موليًا فى الحال، وهو خلاف ما عليه الأكثرون من اشتراطهم للإيلاء الحنث بالوطء إذ لم يكتفوا بالقرب منه على الأظهر، لكنه متعين[1] كعتق العبد.

سؤال: متى يقع إن قال: أردت ما يريد من قال: إن وطئتك إن ظاهرت فعبدى حر؟

قلنا: لا يعتق إلا إذا ظاهر أولاً ثم وطئ.

فإن وطئ قبل أن يظاهر انحلت اليمين، ولم يعتق العبد بالظهار كنظيرها فى الطلاق.

وإن قال: أردت إن وطئتك أولاً فعبدى حر إن ظاهرت، اشترط لعتقه تقديم الوطء كما قال فى «الروضة».

فرع: قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت زيدًا، فقد يريد إذا دخلت الدار تعلق طلاقها بالكلام، وقد يريد إذا كلمته تعلق طلاقها بالدخول، قال: فيراجع ويعمل بتفسيره.

وأما إذا قال: عن ظهارى إن ظاهرت، فظاهَرَ فى الحال فيشبه ما قاله الأصحاب أن العتق فيها متعلق بوصفين يوجد العتق بوجودهما وإن تقدم أحدهما على الآخر؛ لأنه لما قال: إن وطئتك فعبدى حر عن ظهارى، كان بقوله إن ظاهرت كالمستدرك البين أن الموجب للعتق ما سيأتى به من الظهار، ولا يظهر أنه أراد جعل الظهار شرطًا لتأثير الوطء فى العتق، فإن قال: أردت ذلك قبل منه لاحتماله.

وقوله: أو حر قبله بشهر ومضى انعقد وببيعه ولو بعد طلب تنحل بعد شهر من البيع وبوطء فيه موليًا تبين عتقه وطولب ما لم ينحل.

أى: ولو قال: إن وطئتك فعبدى حر قبل وطئك بشهر لم يكن موليًا فى الحال؛ لأنه لو وطئ قبل الشهر لم يعتق العبد لامتناع تقدم العتق على اللفظ لكن يبطل به حكم اليمين.

فإذا مضى الشهر ولم يطأ فيه صار موليًا فى الحال، [وتضرب له المدة][2] من أول الشهر الثانى فإن باع العبد نظرت:

فإن لم يطأ بعد البيع حتى مضى شهر انحل الإيلاء بالبيع والبيع صحيح.

وإن وطئ بعد البيع بدون الشهر فإن وطئ بعد أن صار موليًا وهو بعد مضى شهر من

(١) فى ط: يتعين.

(٢) فى أ: ونظر فى المدة.

حلفه، بان أن العتق متقدم على البيع وأن البيع وقع عليه وهو حر فبطل، وإن وطئ قبل أن يصير موليًا، بأن باع العبد قبل مضى شهر من اليمين فوطئ عقيب البيع لم يقع العتق وانحلت اليمين، وإن باعه فى الشهر الرابع أو بعدها فلها مطالبته بالفيئة أو الطلاق، فإن لم تطالب حتى مضى شهر بعد البيع انحل الإيلاء.

[وقوله فى «الحاوى»: «وإن وطئ وقد باع العبد قبله بشهر انحل الإيلاء أو دونه بان العتق» فيه أمران:

أحدهما: قوله: «وإن وطئ وقد باع العبد قبله بشهر انحل الإيلاء» جعل الشرط «الوطْء» و«البيع» حالاً، و«انحل» جوابا؛ فأوهم أن الانحلال بالبيع بعد مضى الشهر مقطوع به سواء وطئ أم لا

الثانى: أنه أهمل حكم ما باع آخر مدة الإيلاء أو بعدها فإنها تثبت للمرأة المطالبة بالفيئة أو الطلاق بعد بيع العبد ما لم يمض شهر كما بيناه أولاً؛ لأنه فى تلك المدة يتوقع الحنث وقد احترز عنه فى العمل بقوله: «ما لم تنحل»][1].

وقوله: أو فأنت طالق وبغيبة حشفة نزع، وكان رجعيًا.

أى: وإذا قال: إن وطئتك فأنت طالق، صار موليًا لأن ذلك يمنعه من وطئها وتطالبه بالفيئة أو الطلاق؛ لأنه يلزمه إذا أولج الحشفة أن ينزع لأنها تطلق بذلك، وقيل: لا تطالبه إلا بالطلاق لأنه بمجرد الإيلاج تطلق عليه، والنزع من الجماع جماع فيحرم الوطء، والأصح أنه لا يحرم لأن الجماع واجب، والنزع ترك للجماع، ثم يكون هذا الطلاق الواقع بهذا الإيلاج رجعيًا وإن لم يسبق منه وطء. ولو قلنا: إن وقوع الطلاق يقارن الصفة؛ لأن الوطء يقتضى العدة فيكون الطلاق مع العدة وهى محل للرجعة ومحل الرجعة لا يمنع الطلاق.

وقوله: أو لا أطأ واحدة أو كل واحدة وانحل بوطء واحدة، وإن أراد واحدة بين أو عين.

أى: إذا قال لزوجاته الأربع: والله لا أطأ واحدة منكن صار موليًا من الجميع لأن النكرة فى سياق النفى تعم، فإذا وطئ واحدة منهن حنث وارتفع حكم الإيلاء عن الباقيات وكذلك إذا قال: والله لا أطأ كل واحدة منكن، انحل الإيلاء فى الباقيات بوطء واحدة. هذا قول أبى على وهو الأظهر عند الأكثرين، قاله الرافعى.

وقال القونوى فى انحلال هذه اليمين ورفع الإيلاء فى الباقيات بوطء واحدة: «إذا قال:

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

لا أطأ كل واحدة» نظر فإن هذه الصيغة تتضمن تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق[١] بصواحبها حتى كأنه أفرد كل واحدة بيمين، فقال: والله لا أطأ هذه، والله لا أطأ هذه. . . إلى آخِرهن.

قلت: الحق ما قاله الأصحاب، وأن قوله: «لا أطأ كل واحدة» معناه: والله لأتركن وطء كل واحدة منكن.

فإذا وطئ واحدة حنث؛ لأنه لم يترك وطء كل واحدة فتنحل اليمين بذلك.

وإن قال: أردت واحدة منهن، إما معينة أو مبهمة، قبل منه فى الحكم لأن اللفظ قابل لذلك، فليبين المعينة أو يعين المبهمة.

واقتصر فى «الحاوى» على أنه إذا أراد مبهمة عين وليس مختصًا بالمبهمة، بل إذا أراد معينة أيضًا بين وقبل قوله فى الحكم، فإن لم يعين أو لم يبين طالبته جميعهن بعد المدة بالفيئة أو الطلاق ليتوصل بذلك إلى تحقيق المولى عنها.

وقوله: أو لا أطؤكن فوطئ إلا واحدة تعينت، أو فى السنة إلا مرة فبأن يطأ وتبقى المدة.

أى: وإذا كان له نسوة فقال: والله لا أطؤكن؛ لم يكن موليًا فى الحال على الأظهر. والثانى: يكون موليًا؛ لأنه بوطء الأولى يقرب من الحنث فإن كن أربعًا لم يكن موليًا حتى يطأ ثلاثًا منهن فتتعين الرابعة للإيلاء لأنه إن وطئها يكون قد وطئهن فيحصل الحنث.

وكذلك إذا قال لزوجته: والله لا أطؤك فى السنة إلا مرة، لا يكون موليًا على المذهب إلا بشرطين: أن يطأها، وأن يبقى من السنة الموجودة فوق أربعة أشهر، وسواء قال: فى السنة مرة أو مرات، فإذا وطئ وبقى من السنة أقل من مدة الإيلاء بطل حكم الإيلاء وبقى حالفًا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

أحكام الإيلاء

وقوله: ويمهل أربعة أشهر من إيلاء ورجعة ولاء، ويقطعه مانع بها كصوم فرض لا حيض ونفاس، فإن تمت ولم ينحل بوطء أو غيره طالبته هى بالقاضى بفيئة حلت أو طلاق إن لم يكن بها مانع، وبفىء عاجز، لا نحو محرم بلسانه، فإن أبى ولم يطلق طلق القاضى.

أى: والمدة التى ينعقد بها الإيلاء هى المدة التى يمهل فيها المولى، وتحسب من وقت

---

(١) فى أ: يختص.

الإيلاء من الزوجة ومن حين يراجع إذا آلى من رجعية.

ولا يحسب ما مضى قبل الرجعة لأنها كانت جارية إلى بينونة فكيف تحسب للمطالبة بالفيئة أو الطلاق؟!

ويفهم أن الرجعية يصح الإيلاء منها، فإن تمت مدة التربص بلا مانع يقطع المدة، ولم ينحل الإيلاء بالوطء، ولا بزوال الملك عن العبد المعلق عتقه بالوطء - كان لها المطالبة بالفيئة أو الطلاق[١].

ويفهم من قوله: فإن تمت، أن المدة لا يحتاج ضربها إلى القاضي لأنها تثبت بالنص بخلاف مدة العنة، واعلم أن المانع من احتساب المدة نوعان:

أحدهما: ما يخل[٢] بالنكاح وسيأتي.

والثاني: ما لا يخل[٣] به ولكنه يمنع الوطء، فينظر فيه: فإن كان بالزوج لم يمنع الاحتساب بل تضرب المدة، ولو طرأ فيها لم يقطعها، وإن كان المانع من الوطء في الزوجة إما الصغر أو مرضًا لا يحتمل معهما الوطء أو نشوز أو جنون منع من الاحتساب إن قارن وقطعها فتستأنف إن طرأ.

وكذلك الحكم في صوم الفرض، فإذا دخل عليها شهر رمضان في أثناء المدة قطعها ووجب الاستئناف، كما أن دخول رمضان يقطع الصوم المتتابع في الكفارة، ولاعتكافها المفروض حكم صوم رمضان وإحرامها، والحيض وإن كان مانعًا للوطء فليس قاطعًا للمدة، كما لا يقطع مدة التتابع؛ لتعذر الاحتراز منه غالبًا. وجزم في «الروضة» بإلحاق النفاس به وخالفه طوائف من الأصحاب كما نقله الأذرعي.

وأما نقل الصوم والاعتكاف فلا أثر لهما لتمكنه من الوطء معها، وإنما المطالبة للزوجة نفسها لا لسيد الأمة وولي المجنونة والمراهقة؛ إذ الاستمتاع يتعلق بها خاصة وليس للمرأة المطالبة إلا إذا كانت خالية من موانع الوطء المذكورة في المدة، ولا يستثنى إلا الحيض

---

(١) إذا آلى إيلاءً شرعيًا، وهو: أن يحلف ألا يطأ امرأته أكثر من أربعة أشهرٍ. فإنه يتربص أربعة أشهرٍ، ولا مطالبة للزوجة عليه في مدة التربص بفيئةٍ ولا طلاقٍ إلى أن تنقضي. وبه قال عمر، وعليٌّ، وابن عمر، وعائشة، وأكثر الصحابة، وإليه ذهب مالك، وأحمد، وإسحاق.

وقال ابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه: مدة التربص محل للمطالبة بالفيئة، وبه قال زيد بن ثابت، وابن عباس، وابن مسعود، واستدلوا على ذلك بقوله- تعالى- : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ الآية إلى قوله: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧].

(٢) في ط: ما يحل.

(٣) في ط: ما لا يحل.

هنا؛ ولهذا لم يستثنه فى الأصل؛ لأن الذى يطالب به هو الوطء وهو محرم عليه فى الحيض.

وأما الزوج فلا يعذر من المطالبة بالوطء بشىء من الموانع، لكنه إن كان به عجز عن الوطء لضعف من المرض أو خوف هلاك أو زيادة فى[1] المرض فاء بلسانه، وكذا إذا ادعى العنة، فإن كان بعد الدخول لم يقبل وإن كان قبله قبل على الأصح. والفيئة باللسان أن ينتهى عن الإضرار ويقول: إذا قدرت فِئتُ. واعتبر الشيخ أبو حامد أن يقول مع ذلك: ندمت على ما فعلت ولا يعذر عن ذلك، وإن كان به مانع شرعى كالصوم والاعتكاف والإحرام والطلاق الرجعى لم يقبل منه فىء اللسان ولا تطالب إلا بالطلاق، ولكنه إذا ارتكب المحظور ووطئ سقط حقها ولا يحل لها تمكينه من الوطء على الأصح؛ لأنه تواطؤ على المعصية، فإن امتنع من الفيئة والطلاق طلق عليه القاضى.

[وقوله فى الحاوى: «ولم ينحل بزوال ملك العبد» إلى قوله: «فإن أبى طلق عليه القاضى» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ولم ينحل بزوال ملك العبد»، قال ابن النحوى: لا يختص بذلك، بل ضابطه زوال المحذور عتقًا وبينونة وغيرهما، والحكم كما قالوا إلا أن صوابه بعتق وبينونة؛ لأن العتق ليس بمحذور.

الثانى: قوله: «ولم يطأ»، قال القونوى: عبارة المصنف قد توهم عدم انحلال الإيلاء بالوطء؛ لأنه عطف قوله: «ولم يطأ» على قوله: «ولم ينحل»، فلو قال: والوطء، عطفًا على: زوال الملك، لم يوهم ذلك.

الثالث: قوله: «لا الحيض ونفل فى الصوم» استثناهما من الموانع، ثم قال فيما بعد: «طالبته إن لم يكن بها مانع» ولم يستثنهما؛ فاقتضى أن يكون النفل كالحيض مانعًا فى الحالة الثانية، وليس كذلك، بل النفل ليس بمانع من الوطء فى الحالين، والحيض مانع منه فى الحالين، وإنما حسبت مدته فى مدة الإيلاء؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه فيه غالبًا؛ ولهذا لم يقطع التتابع صوم الكفارة.

الرابع: قوله: «طالبته به»، أى: بالوطء، هذا وجه، والأصح أنها تطالبه بأحد أمرين، إما بالوطء أو الطلاق؛ لأنه قد يكون عاجزًا عن الوطء فى الباطن.

الخامس: ما يقتضيه كلامه من أنها تطالبه بالوطء على كل حال، وليس كذلك، بل إذا

---

(١) فى ط: من.

كان محرما أو مظاهرًا قبل التكفير لم تطالبه إلا بالطلاق على الأصح فى العزيز والروضة.

السادس: قوله: «فإن أبى طلق»، قال القونوى: قال فى التعليقة: فإن أبى، أى: أبى الفيئة، طلقها القاضى. انتهى.

وهذا الذى يفهم من ظاهر لفظ المصنف، وفيه نظر؛ لأنه إذا ادعى الفيئة لا يطلقها القاضى بل يأمره بالطلاق، فإن أبى، طلق عليه بعد][1].

وقوله: ويبهم إن أبهم وعين هو أو بين.

أى: وإذا كان الإيلاء مبهمًا كما إذا حلف ألا يطأ إحداهما، فإن القاضى يطلق عليه التى آلى منها مبهما ثم يؤمر الزوج بالتعيين إن لم يكن عين أو التبيين إن كان قد عين، ويمنع من وطئهما حتى يبين أو يعين.

وقوله: وتسقط بغيبة حشفة بقبلها فإن ركبته أو أكره أو جن فبلا انحلال.

أى: وتسقط مطالبة الزوجة لمن آلى منها بأن يولج حشفته فى قبلها لا فى دبرها ويحنث بذلك وتنحل اليمين.

ولو استدخلت ذكره بغير فعله بأن ركبته لم تنحل يمينه لأنه لم يطأها بقصد، ولكنه يسقط حقها من المطالبة على الأصح لأنها قد استوفت.

وكذلك إذا وطئها مكرها أو ناسيًا أو مجنونًا، فإنه لا يحنث على الأصح لعدم القصد الصحيح، وهذا فى المكره على الأصح فى أن الوطء يمكن الإكراه عليه. فإذا قلنا: لا تنحل، كان حالفًا لا موليًا، فإذا وطئها حنث.

[وقوله فى الحاوى: «وتسقط بتغييب الحشفة فى الفرج ولو نزلت علة أو أكره أو جن بلا حنث وانحلال» فيه أمور:

أحدها: قوله: «بتغييب الحشفة فى الفرج» عبارة العزيز والروضة بتغييب الحشفة فى القبل خاصة، وإنما قالا ذلك؛ لأن الفرج يقع على القبل والدبر؛ ولهذا قالوا: ينتقض الوضوء بمس الفرج، قالوا: والمراد به: القبل والدبر.

الثانى: قوله: «بلا حنث وانحلال»، قال ابن النحوى: لا حاجة إلى الجمع بينهما؛ لأن عدم الانحلال يلزم منه عدم الحنث وكلامه حق.

الثالث: قوله: «بلا حنث وانحلال» مخصوص بما بعد قوله: «ولو»، ولا دليل فى اللفظ على اختصاصه؛ لأن المعهود أن لما بعد «لو» حكم ما قبلها لكن يختلفان فى

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الأولوية][١].

وقوله: ويمهل لحاجة كيوم وحيث طلق أو ارتد ورجع ضربت المدة.

أى: إذا طولب بالفيئة بعد المدة واستَمْهل أُمْهِل مقدار ما يتهيأ للنكاح فيمهل الصائم حتى يفطر والجائع حتى يشبع والشبعان حتى يخف وذلك يحصل بيوم فما دونه، وقيل: يمهل ثلاثًا.

وأما المريض ومن فيئته باللسان فلا يمهل أصلاً إذ لا حاجة به، ثم إذا زال العذر طولب بالوطء، وإنما لم يمهل المولى فى الوطء الثلاث لأنه قد أمهل أربعة أشهر، فإن طلق المولى بعد المدة أو فى أثنائها ثم راجع لم يطالب بالفيئة فى الحال بل تضرب المدة من حينئذ لأن الطلاق مسقط للمطالبة، فإذا راجعها عاد الضرب فكأنه آلى منها ثانية فتستأنف المدة وكذلك إذا ارتد.

وقوله فى «الحاوى»: ولا يمهل ثلاثًا؛ لأنه لا يلزم منه أنه يمهل أقل من ثلاثة أيام، لكنه يفهم وهو لا يمهل يومين ولا يمهل إلا إذا كانت له حاجة إلى المهلة كما ذكرنا، وكانت المدة يسيرة كاليوم فما دونه، فإن لم يكن له حاجة لم يمهل كما إذا كانت الفيئة باللسان، فإنه لا يمهل لأن الوعد سهل.

وقوله: وتوكل بطلب غائب بطلاق أو تلاق فإن مضى الإمكان وقال أرجع لم يمكن.

أى: إذا كان الزوج غائبًا فللمرأة أن توكل من يطالبه بعد انقضاء المدة بالطلاق أو السعى فى التلاقى: إما بأن يرجع إليها أو يحملها إليه، فإذا حضر عند القاضى أمره بالفيئة باللسان لأنه عاجز عن الوطء فى الحال، ثم يأمره بالرجوع إليها أو يطلبها إليه. فإذا مضت مدة الإمكان ولم يفعل ثم قال: أنا الآن أرجع إليها، لم يمكن من ذلك بل يطلق عليه القاضى متى امتنع من الطلاق، وإن طلبه وكيلها. ويعذر فى التأخير للتهيؤ للسفر وانتظار القافلة ولخوف طريق حتى يأمن.

وقوله فى «الحاوى»: ولوكيلها مطالبة الغائب بعد المدة بالطلاق أو الرجوع، اقتصر على الرجوع والرجوع لا يتعين، بل هو مخير بين أن يرجع وأن يطلبها إليه.

❊ ❊ ❊

(١) مابين المعقوفين سقط فى ط.

الظهار[١]

وقوله: باب: تشبيه مكلف غير بائنة وجزءها كشعر بجزء محرم أنثى لم يحل قط، وإن علق وأقت ظهار: كأنت على كظهر أمى. فإن قال: سنة، فبإيلاء. أو إن لم أتزوج عليك، فقبيل موت ونحوه إن تمكن ولا عود.

---

(١) الظهار لغة: فهو مصدر ظاهر؛ يقال: «ظاهر» الرجل من امرأته ظهارًا؛ مثل: قاتل قتالاً، وتظهر، إذا قال لها: أنت على كظهر أمى. وقد كان العرب يقولونها، يقصدون بها الفراق إلى الأبد، ثم جاء الإسلام فنهوا عنه، وأُوجبتْ الكفارة.

والظهار مأخوذ من الظهر، وخص الظهر بالذكر دون باقى الأعضاء-كالفخذ أو الفرج، وهى أولى بالتحريم-لأن الظهر موضع الركوب، والمرأة مركوبة عند الغشيان، فإذا قال الرجل لامرأته: أنت على كظهر أمى، معناه: أن ركوبك للنكاح على حرام كركوب أمى للنكاح، فأقام الركوب مقام النكاح؛ لأن الناكح راكب.

وأقام الظهر مقام المركوب؛ لأنه موضع الركوب، وهذا من لطيف الاستعارة للكناية.

وفى «اللسان» عن ابن الأثير أنه قال: إنما أرادوا: أنت على كبطن أمى كجماعها، فكنى بالظهر عن البطن للمجاورة بينهما، وقال: وعدى الظهار بـ«من»، فيقال: الظهار من النساء، مع أنه يتعدى بنفسه؛ لتضمنه معنى المباعدة؛ وذلك لأن العرب كانوا إذا ظاهروا من المرأة، تجنبوها وابتعدوا عنها.

وأما الظهار اصطلاحًا:

فأولًا- تعريف الشافعية:

الظهار عند الشافعية هو: تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حِلًّا.

قولهم: (تشبيه للزوجة) يخرج الأجنبية والأمة؛ فإنه لا يصح الظهار من هؤلاء عند الشافعية.

قولهم: (غير البائن) يخرج الزوجة البائن؛ فإنه لا يلحقها الظهار لانقطاع الحياة الزوجية بينهما.

قولهم: (بأنثى لم تكن حلا) أى: بأنثى محرمة على سبيل التأبيد بنسب أو رضاع، أو مصاهرة، أى: لم تكن حلًّا بحال من الأحوال.

وثانيًا- تعريف الحنفية:

الظهار عند الحنفية: هو تشبيه الزوج المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقًا بنسب أو رضاع، أو مصاهرة.

قولهم: (المنكوحة) أى: الزوجة التى فى العصمة، فإذا شبه المظاهر زوجته أو جزءًا منها بظهر محرم أو جزئه فقد حصل الظهار.

وأطلق الزوج فشمل المسلم، وليس الذمى؛ لأنه لا يصح ظهار الذمى عند الأحناف.

وأطلق الزوج، فشمل السكران، والمكره والأخرس بإشارته؛ لصحة الظهار من هؤلاء عند الأحناف.

وهو قيد يخرج الأمة والأجنبية؛ فإنه لا يصح الظهار من هؤلاء عند الأحناف.

وهو يشمل المدخول بها وغير المدخول بها، الكبيرة والصغيرة، العاقلة والمجنونة، المسلمة والكتابية؛ فإنه يقع الظهار على هؤلاء جميعا.

قولهم: (المحرمة) يشمل المحرمة نسبًا أو رضاعا، أو مصاهرة.

قولهم: (بالتأبيد) قيد يخرج ما لو شبهها بأخت امرأته لا يكون مظاهرًا؛ لأن حرمتها مؤقتة بكون امرأته فى العصمة.

=

أى: تشبيه الزوج المكلف زوجته أو جزءًا منها بجزء أنثى من المحارم ظهار، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾ [المجادلة: ٢] وهو حرام لقوله تعالى ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢] وأصله أن يقول لزوجته: أنت على كظهر أمى، وكان هذا طلاقهم فى الجاهلية، فلما ظاهر عبادة بن الصامت من امرأته فى الإسلام وجاءت تشكو إلى النبى ﷺ نزل قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا . . .﴾[1] [المجادلة: ١] وبين حكم الظهار.

فلا يصح إلا من المكلف، ويلغو ظهار الصبى والمجنون كطلاقهما ولا يصح إلا من

= قولهم: (على سبيل التأبيد)، أى: تأبيد الحرمة باعتبارها وصفًا لا يزول بحال من الأحوال.

قولهم: (اتفاقا) احتراز من قول الرجل لامرأته: أنت على كظهر فلانة، وهى أم للمزنى بها أو ابنتها؛ فإنه لا يكون مظاهرًا بذلك؛ لأن ثبوت الحرمة بالزنى محل خلاف بين العلماء.

وثالثا- تعريف المالكية:

الظهار عند المالكية هو: تشبيه المسلم من تحل أو جزءها بظهر محرم أو جزئه

كان الظهار معروفًا فى الجاهلية، وكانوا يعتبرون قول الرجل لمن تحل له«أنت على كأمى» محرمًا لها على الأبد لا تحل له أصلًا بعد ذلك، فلما جاء الإسلام وظاهر أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة، ودعاها إليه بعد ظهاره، فقالت له: والذى نفس خولة بيده لا تصل إلى وقد قلت ما قلت حتى يحكم الله ورسوله، وأتت رسول الله ﷺ فقالت له: يا رسول الله إن أوسًا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فى فلما خلا سنى ونثرت بطنى جعلنى عليه كأمه، وتركنى إلى غير أحد، فإن كنت تجد لى رخصة تنعشنى بها وإياه فحدثنى بها. فقال لها عليه الصلاة والسلام «ما أراك إلا قد حرمت عليه» فجادلت النبى ﷺ وقالت له: ما ذكر طلاقا، وقعدت بعد ذلك مرارًا. ثم قالت: اللهم إنى أشكو إليك فاقتى وشدة حالى، فأنزل على لسان نبيك.

فأنزل الله سبحانه وتعالى ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِىٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [المجادلة: ١] إلى أن قال﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [المجادلة: ٢-٣] ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤].

فكانت هذه الآيات حدًا فاصلًا بين ما كان عليه أهل الجاهلية من جعل الظهار طلاقًا مؤبدا، وما عليه الإسلام من اعتبار الحرمة فيه مؤقتة تزول بفعل الكفارة، ولقد بين الله سبحانه وتعالى كفارة الظهار وذكر لها أنواعًا ثلاثة مرتبة لا ينتقل المكفر فيها من الخصلة الأولى إلى الثانية إلا بعد العجز عن الأولى، ولا من الثانية إلى الثالثة إلا بعدم استطاعة الثانية

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٦٧٤) كتاب الطلاق باب فى الظهار (٢٢١٤) وأحمد (٦/ ٤١٠) وابن الجارود (٧٤٦) والطبرانى فى الكبير (١/ ٢٢٥)، (٦١٦) والبيهقى (٧/ ٣٨٩) عن يوسف بن عبدالله بن سلام عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت: «ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت. . .» الحديث، فزوجها أوس وليس عبادة كما ذكر المصنف فلعله سبق نظر منه فإن فى بعض الروايات: - (وكانت عند أوس بن الصامت أخى عبادة بن الصامت).

زوجة، فقوله: غير بائنة، تدخل فيه الرجعية؛ لأن لها حكم الزوجة فى أكثر الأشياء.

وتدخل فيه من لا تصلح للوطء كالصغيرة والرتقاء، ومن لا يحل[١] وطؤها كالحائض والمحرمة إذ ليست الحرمة فيهن كحرمة أمه.

وسواء كان التشبيه بحرف صلة: كأنت «على» أو «منى» أو «إلى» أو «معى» أو «عندى» كظهر[٢] أمى.

أو بغير حرف كقولك: أنت ظهر أمى، فكل ذلك صريح فى الظهار.

وكذلك إذا قال: بعضك أو ظهرك أو بدنك أو شعرك كظهر أمى، مضافًا إلى بعض محله، فيكمل ذلك البعض كالطلاق والعتاق.

ولا يختص التشبيه فى الظهار بالظهر على الصحيح بل سائر الأجزاء كالظهر، فإذا قال: أنت على كيد أمى أو كرجلها أو كبطنها أو كصدرها، فهو كما لو قال: أنت على كظهر أمى، وإذا كان الجزء مما يقصد به الكرامة لمن شبه به كالرأس والعين كان كناية وسيأتى.

ولا يختص التشبيه بالأم بل سائر المحارم كالأم على الصحيح، والصحيح أن المراد بالمحرم[٣] هنا أن تكون ممن لم تحل له فى حال من الأحوال. فتخرج نحو المجوسية لأنها ليست بمحرم، والأم من الرضاع لأنها كانت تحل له من قبل أن يرضع منها، وتدخل بنتها المولودة بعد ما رضع لأنها ما حلت له قط.

ويصح تعليقه كالطلاق، فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى، فدخلت الدار صار مظاهرًا.

وكذا لو قال: إن ظاهرت من فلانة وهى أجنبية [فتزوجها وظاهر منها صار مظاهرا من الزوجة لما أن ظاهر منها وهى أجنبية؛ لأنه لا ظهار، ولو قال: إن ظاهرت من فلانة وهى أجنبية][٤] فأنت على كظهر أمى، لغا كما لو قال: إن بعت الخمر فأنت طالق، لا إن أراد التلفظ بلفظ الظهار أو البيع.

ولو وقته فقال: أنت على [كظهر أمى خمسة أشهر، أو ستة أشهر][٥]، كان ظهارًا لأنه منكر من القول وزور.

فإذا وطئها فى الشهر أو اليوم لزمته الكفارة، ولو قال: أنت على كظهر أمى خمسة أشهر

---

(١) فى أ: ومن لا يصح.
(٢) فى أ: ظهر.
(٣) فى ط: بالمحارم.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: كظهر أمى يوما، أو شهرا.

أو ستة، كان ظهارًا وإيلاء بناء على أن العود فى الظهار المؤقت بالوطء لا بالإمساك وهو الصحيح.

أما إذا قلنا: يكون عائدًا بالإمساك فإنه لا يكون موليًا وهو معنى قوله: «فبإيلاء» أى ظهار بإيلاء.

وإذا قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك فأنت على كظهر أمى، لم يكن مظاهرًا منها إلا إذا فات التزويج بعد إمكانه. وفواته يكون بموت أحدهما فيقع قبيل موته.

وكذا بجنون وبينونة اتصل بهما الموت، فإذا جن جنونًا متصلاً بالموت تبينا وقوع الظهار بالموت قبيل الجنون كما قلنا فى الطلاق.

وكذلك إذا فسخ نكاحها أو طلقها أو بانت ولم يجدد نكاحها حتى مات تبينا كونه مظاهرًا قبيل الفسخ أو البينونة.

وإن جدد نكاحها نظرت: فإن تزوج عليها فى النكاح الثانى انحلت اليمين ولم يصر مظاهرًا بالموت، وإن لم يتزوج حتى مات تبينا كونه مظاهرًا قبيل الفسخ والبينونة، إلا إذا قلنا يعود الحنث فإنه لا يصير مظاهرًا إلا بالموت. وإن فات التزويج قبل الإمكان بأن حلف ثم مات قبل التمكن من النكاح لم يكن مظاهرًا ولا عود فى هذا الظهار.

وقال ابن الحداد: يصير فيه عائدًا. وكما يقدر زمن العود يقدر زمن الظهار، والصحيح خلافه إذ لا ضرورة إلى تقدير مدة تسع الظهار أولها والعود آخرها.

وقوله: وكأمى ورأسها وعينها وروحها، كناية.

أى: إذا قال لزوجته: أنت على كأمى أو كعين أمى أو كرأس أمى أو كروح أمى، لم يكن ظهارًا إلا بالنية؛ لأن هذه يستعمل التشبيه بها فى العادة للإكرام والإعزاز.

وقوله: وأنت طالق كظهر أمى، طلاق وإن قصد كلًّا بلفظه فى رجعى وقعا.

أى: وإذا قال لزوجته: أنت طالق كظهر أمى، فهو طلاق على أى[١] حال إلا أن يقصد بلفظ الطلاق طلاقها وبلفظ الظهار الظهار منها، فإنهما يقعان أيضًا، وذلك إذا كان الطلاق رجعيًّا لأنه إذا نوى الظهار بقوله: كظهر أمى، قدرت كلمة الخطاب معه فيصير كأنه قال: أنت طالق أنت[٢] كظهر أمى، فلا يلحقها إلا إذا كانت رجعية.

أما إذا لم يقصد شيئًا فلا يقع إلا الطلاق؛ لأنه قد صرح به ولم يصرح بالظهار لأن قوله: كظهر أمى، غير مستقل بالإفادة وقد انقطع عن قوله «أنت» بالفاصل؛ فلم يبق

---

(١) فى أ: كل.
(٢) فى ط: على.

صريحًا لافتقاره إلى الإضمار، وإن قصد بمجموع الكلام الطلاق كان طلاقًا فقط ولفظ الظهار مؤكد للتحريم.

وإن قصد بالمجموع الظهار كان طلاقًا فقط أيضًا؛ لأن لفظ الطلاق صريح فى بابه فلا ينصرف إلى الظهار بالنية، وباقى الكلام غير مستقل فيحتاج إلى النية وهو لم ينو به الظهار وإنما نواه بالمجموع.

وإن قصد الظهار والطلاق جميعًا بمجموع كلامه كان طلاقًا أيضًا لما ذكرناه آنفًا.

وإن قصد الطلاق بقوله: أنت على كظهر أمى والظهار بقوله: أنت طالق، وقع الطلاق وحده.

وإن قال: أنت على كظهر أمى طالق، قال فى «العزيز» و «الروضة» عن ابن كج: إنه إن أراد الظهار والطلاق حصلا، ولا يكون عائدًا لتعقب الظهار بالطلاق، فإن راجعها صار عائدًا وإن لم ينو شيئًا صح الظهار.

وفى الطلاق وجهان؛ لأنه ليس فى لفظ الطلاق مخاطبة. انتهى.

ولم يذكر فرقا فى هذه المسألة وعكسها المتقدم، قلت: ولعل الفرق أن الظهار مما يؤكد به الطلاق ولا عكس، فإذا قال: أنت على كظهر أمى طالق، ونواهما بمجموع اللفظ أو نوى به الطلاق وحده وقعا جميعًا.

أما الظهار فلوجود لفظه الصريح، وأما الطلاق فلأنه لا يكون مؤكدًا للظهار لقوته فكان هو المقصود ولفظ الخطاب مصروف إليه، وما تقدم عليه من تشبيهه بالظهار لا يمنع كونه الخبر، كما لو قال: أنت كحاتم يجود بما يملك، لا سيما وقد نواه، فإن لم ينوه ففيه الوجهان.

وقوله: وحرام كظهر أمى ظهار، فإن نوى طلاقًا أو تحريم عين أو بحرام طلاقًا وبالآخر ظهارًا فما نوى، وعكسه ظهارٌ بعودٍ وإن نواهما خُيِّرَ.

أى: إذا قال لزوجته: أنت حرام كظهر أمى، فله أحوال:

الأول: ألا يقصد شيئا فهو ظهار؛ لأن التحريم لا ينافى الظهار المصرح به.

الثانى: أن ينوى بمجموع كلامه الطلاق وحده فيكون طلاقًا كما نوى؛ لأن الحرام من كنايات الطلاق، فإذا نوى كان كما لو قال: أنت طالق كظهر أمى، ونوى الطلاق وحده.

الثالث: أن ينوى الظهار وحده فهو ظهار؛ لأنا حكمنا به ظهارًا إذا أطلق فكيف إذا نواه؟!

الرابع: أن ينوى بـ «الحرام» الطلاق وبقوله: كظهر أمى، الظهار فيقعان جميعًا إن كان

الطلاق رجعيًا، لأن قوله «حرام» بنية الطلاق كصريحه، فهو كما لو قال: أنت طالق كظهر أمي، ونوى بكل معناه.

الخامس: أن يعكس فينوى بالحرام الظهار، وبالآخر الطلاق فيصح الظهار فقط؛ لأن قوله «كظهر أمي» لا يصلح كناية عن الطلاق[١] ويكون عائدًا باستعماله[٢] عن الطلاق بلفظ لا يصلح كناية عن الطلاق، كما لو ظاهر ثم قال: ارقدي على فراشك، ونوى الطلاق فإنه [لا][٣] يصير عائدًا.

السادس: أن ينوى بمجموع الكلام الطلاق والظهار جميعًا أو ينويهما بقوله: أنت حرام، فلا يثبتان؛ لأن اللفظ بمجموعه صالح لكل منهما ومحال أن يثبت بهما حكمان مختلفان فيخير بينهما.

وفي المسألة ثلاثة أوجه: قيل: يتعين الطلاق؛ لأنه أقوى. وقيل: الظهار؛ لأن آخر الكلام يدل عليه.

والذي اختاره الجمهور: أنه يخير بينهما، فإن اختار الظهار كان ظهارًا أو الطلاق كان طلاقًا.

السابع: أن ينوى تحريم عينها فقط بمجموعهما أو بقوله: أنت حرام، ولم ينو شيئًا للباقي فتلزمه كفارة يمين لا غير، فإن نوى بالتحريم[٤] تحريم عينها والظهار بالباقي وقعا جميعًا، وقد أهمل في الحاوي: ما إذا نوى تحريم عينها وأهمل الحكم بكونه عائدًا أو فيما إذا عكس ونوى الظهار بالحرام والطلاق بالآخر فقد بينا أنه يكون مظاهرًا عائدًا.

وقوله: فإن لبث عاقلاً بعده أو بعد علم بفعل غير علق به لحظة بلا قطع أو راجع أو وطئ في مؤقت حرمت كحائض حتى يكفر ويجب ولو أبان وجدد أو ملكها، وتتعدد بتعدد محل ولفظ انفصل أو قصد تعدد.

أي: فإذا ظاهر من زوجته ثم لبث بعد الظهار وهو عاقل لحظة يمكنه أن يطلق فيها ولم يطلق فيها ولم يحصل ما يقطع النكاح فإنه يصير عائدًا[٥].

---

(١) في أ: للطلاق.
(٢) في ط: بانشغاله.
(٣) سقط في ط.
(٤) في ط: بالحرام.
(٥) إذا ظاهر الرجل من امرأته ووجد العود، وجبت الكفارة، وبه قال الحسن البصري، وطاوس، والزهري، ومالك، وأحمد، وداود.

=

وإن حصل قبل مضى اللحظة ما يقطع النكاح من طلاق ولو رجعيًّا وموت وفسخ وانفساخ بإسلامها أو إسلامه أو بردة، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده فلا كفارة ولا عود إن لم يراجع المدخول بها.

فإن أبانها وجدد النكاح لم يعد الظهار على الأصح وليس إسلام المرتد عودًا فى العدة؛ لأن المقصود تبديل دين الحق بالباطل، والحل والحرمة يقعان تابعين، بخلاف الرجعة فإن المقصود منها استحلال البضع فقط، فإن أمسكها بعد الإسلام فهو عائد.

واعلم أن العود فى الظهار المؤقت لا يكون بالإمساك بل بالوطء، فإذا قال: أنت على كظهر أمى شهرًا، ووطئها فى الشهر كان عائدًا، وإن أمسكها ولم يطأها حتى خرج الشهر لم يكن عائدًا على الصحيح.

وإنما جعل الممسك عائدًا فى الظهار المطلق[1] ؛ لأنه لما وصف المرأة بالتحريم ثم لم يفارقها علمنا أنه قد عاد إلى ما حرم على نفسه، ولا يتحقق ذلك فى الظهار المؤقت ؛ لأنه يمسكها لما بعد مدة الظهار فلا يتحقق عوده إلا إذا وطئها فى المدة.

وإذا حصل العود حرمت عليه كما تحرم الحائض؛ فيستمتع منها بما يستمتع به من الحائض ويجتنب منها ما يجتنب من الحائض، ويمتد هذا التحريم حتى يكفر [إن كان قادرًا على الكفارة، وإن عجز يثبت فى ذمته ويستمر التحريم حتى يكفر][2] بما وجب له، وإن طلقها بائنا وجدد[3] نكاحها أو ملكها بهبة أو شراء بخلاف الظهار فإنه يسقط بذلك.

والفرق إن هذه قد صارت دينا فى ذمته.

واعلم أن الكفارة تتعدد بتعدد المحل وهو الزوجة، فإذا قال لأربع نسوة: أنتن على كظهر أمى، لزمه أربع كفارات على الجديد، وتتعدد بتعدد اللفظ أيضًا فإذا قال لأربع مثلاً: أنتن على كظهر أمى مثلاً، أو للواحدة: أنت على كظهر أمى، ثم أعاد هذا القول - فلا يخلو أن يكون متصلاً أو منفصلاً، فإن كان متصلاً نظرت: فإن قصد بها التعدد لزمه ثمانى كفارات فى حق

= وقال مجاهد، والثورى: تجب الكفارة بمجرد الظهار دون العود.

وقال أبو حنيفة: لا تجب الكفارة بالظهار، ولا بالظهار والعود ولا تجب فى الذمة وإنما تجب على المظاهر إذا أراد أن يطأ، فهى شرط فى الاستباحة، كالطهارة فى صلاة التطوع ليست واجبة عليه، وإنما هى شرط فى فعل الصلاة.

فإن وطأ قبل التكفير، لم يلزمه الظهار، وكان شرطًا فى استباحة الوطء الثانى، فإن وطأ ثانية لم تجب وكان شرطًا فى استباحة الوطء الثالث، كذلك أبدا .

(١) فى ط: المعلق.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى ط: وحدد.

الأربع وكفارتان فى حق الواحدة، فإن قصد التأكيد لم تتعدد، وكذا إذا لم يقصد شيئًا على الأظهر، أى فلا تتعدد بل كفارة واحدة، وإن كان منفصلاً تعدد على كل حال.

[وقوله فى الحاوى: «فإن أمسكها لحظة بلا قطع» إلى قوله: «أو استبرأها»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «فإن أمسكها لحظة بلا قطع» كان الأحسن أن يقول: فإن لبث لحظة بلا قطع؛ لأن الإمساك ضد القطع، فهو لا يمكنه أن يمسكها لحظة مع القطع ولا معنى لهذا الشرط.

الثانى: قوله: «وعقيب المعرفة إن علق بفعل غير»، أى: لا يكون عائدًا بالإمساك هنا إلا بعد العلم بفعل الغير، وأما الظهار فيقع سواء علم الزوج أو جهل؛ لأنه إذا علق الطلاق أو الظهار بفعل نفسه ففعله وقع، سواء كان الزوج عاقلاً أو مجنونًا، لكنه لا يعد بإمساكها عائدًا على الصحيح حتى يعلم، وأما إذا علق الطلاق أو الظهار بفعل نفسه ففعله ناسيا أو جاهلاً فالصحيح أن الطلاق والظهار لا يقعان، وإن فعله عالما ثم نسى الظهار بعد ذلك ولبث لحظة كان عائدًا، وقيل: يجرى فيه الخلاف فى الناسى، والمشهور خلافه؛ فإن نسيان الظهار عقيب الفعل الذى يفعله وهو ذاكر بعيد نادر.

وأما قوله فى الروضة: ولو علقه ووجد المعلق عليه وأمسكها جاهلاً نظر إن علق على فعل غيره فليس بعائد حتى يمسكها بعد علمه، وإن علق على فعل نفسه ونسى فالمعروف فى المذهب أنه عائد، فقد توهم بعضهم أن المراد: ثم نسى الظهار قبل أن يفعل الفعل المعلق عليه، وليس كذلك؛ فإن الصحيح فى هذه الحالة أن الظهار لا يقع.

وإنما المراد ونسى الظهار بعدما فعل الفعل المعلق عليه الظهار وهو ذاكر. قال الإسنوى: وقد ذكر هذه المسألة فى الباب الأول من الظهار وتناقض كلامه فيها فى العزيز كما فى الروضة ونبه عليه.

الثالث: أنه اكتفى فى الحكم بوجوب الكفارة بقوله: «حرمت حتى يكفر» ولا دليل فيه؛ فإن أبا حنيفة - رحمه الله - يقول: لا تجب الكفارة ولكن لا يحل له الوطء حتى يكفر، ومذهبنا أنها تجب.

الرابع: قوله: «لا للتأكيد متصلاً»، الأظهر كما قال الرافعى والنووى أن الاتصال مانع للتعدد إذا لم يقصد سواء قصد التأكيد أم أطلق.

الخامس: أنه أهمل حكم المظاهر إذا جن عقيب الظهار وهو لا يصير عائدا وهو المراد فى الكتاب بقوله: إن لبث عاقلاً][1].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

كفارة(١) الظهار

وقوله: وكفارته كقتل ووطء رمضان عتق رقبة مؤمنة تامة رق لم تشب بعوض وعيب مخل بعمل كهرم وعمى وجنون غالب.

أى: وكفارة الظهار وما بعده للموسر عتق رقبة، ويشترط أن تكون مؤمنة سواء كان إيمانها بمباشرة من بالغ، أو بتبعية من طفل لأصل أو دار أو ساب(٢).

---

(١) «الكفارة»: الكفارة فى الأصل صفة مبالغة كعلّامة، ثم غلب استعمالها اسما فيما يستر الذنب ويمحوه، وهذه المادة فى اللغة تنبئ عن الستر لأنها مأخوذة من الكفر-بفتح الكاف- ومعناه الستر، ومنه سمى الليل كافرا؛ لأنه يستر الشىء بظلمته.

قال الشاعر:

.... فى ليلة كفر النجوم غمامها

وسمى الزارع كافرا؛ لأنه يستر البذر بالتراب، وسميت الأشياء المصطلح عليها فى الشريعة «كفارات»، لأنها تستر الذنب وتمحو أثره.

وأما الكفارة اصطلاحا فهى: اسم لأشياء مخصوصة طلبها الشارع عند ارتكاب مخالفات معينة.

وقد عرفها الرحمانى من الشافعية فقال: هى مال أو صوم وجب بسبب كحلف أو قتل أو ظهار.

واعترض هذا التعريف بأنه غير جامع وغير مانع.

أما كونه غير جامع؛ فلأنه لم تذكر فيه كفارة إفساد الصوم مع أنها من الكفارات، ويدفع هذا الاعتراض بأن الكاف للتمثيل وليست للاستقصاء، وإلا لما ورد الاعتراض بعدم المنع.

وأما كونه غير مانع؛ فلأنه يشمل الفدية التى هى مال أو صوم وجب عوضا عن المفدى من غير إثم غالبا: كفدية الحلق مع أنها مغايرة للكفارة؛ لأن الغالب فى سببها الإثم.

ولما رأى بعضهم أن هذا التعريف قد ورد عليه ما ورد من الاعتراض - وهو عدم الجمع والمنع - عرفها بتعريف آخر فقال: هى مال أو صوم وجب بسبب من حلف أو قتل أو ظهار أو جماع فى نهار رمضان عمدا.

فهذا التعريف وإن كان مانعا؛ لأنه لا يشمل الفدية كالتعريف السابق؛ لأن «من» فى قوله: «من حلف.... إلخ» بيانية، والأسباب المذكورة غير الفدية-إلا أن الاعتراض بعدم الجمع لا يزال قائما من جهة المذاهب الأخرى؛ لأنه بين فيه أن السبب هو الجماع العمد فى نهار رمضان وهو جزئى السبب عند غير الشافعية، ويمكن أن يجاب بأن هذا التعريف للشافعية وهم لا يعتبرون غير الجماع العمد سببا للكفارة؛ فيكون التعريف جامعا مانعا على رأيهم.

والناظر فى أسباب الكفارات وأنواعها فى المذاهب المختلفة لا يسعه إلا أن يعرفها بالتعريف الجامع المانع الذى ذكرته أولا، وهو أن الكفارة اسم لأشياء مخصوصة - وهى المال أو الصوم - طلبها الشارع عند ارتكاب مخالفات معينة، وهى فى الصوم بالجماع العمد وما ألحق به عند الشافعية، أو الجماع وما ألحق به عند الحنابلة، أو الجماع العمد فى أحد السبيلين، أو ما يُصْلِحُ البدن أكلا أو شربا أو تداويا عرفا عند الحنفية، أو الجماع العمد وما ألحق به، ومثله استدعاء المنى، أو تناول ما يصلح البدن أو لا يصلحه، أو قطع النية نهارا عند المالكية، أو كل ما تعمد الفطر به عند غيرهم.

(٢) لا يجوز أن يعتق فى كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة، وكذلك فى كل عتق فى كل كفارة، حتى قال الشافعى -رحمة الله- فى عتق النذر المطلق: أنه لا يجوز إلا مؤمنة، و بمذهبه فى الكفارات قال مالك والأوزاعى و أحمد وإسحاق، وقال أبوحنيفة يجوز فى عتق الظهار وسائر الكفارات سوى =

فإذا أسلم العبد بلغة لا يعرفها السيد فلا بد أن يخبره بمعناها ثقة عارف بتلك اللغة حتى يتحقق أنه أجزأه عن الكفارة.

ولا يشترط مع الشهادتين البراءة من كل دين، إلا فى حق نحو اليهود والعيسوية، وهم قوم يصدقون برسالة محمد ﷺ إلى العرب خاصة[1].

= القتل عتق الكفارة الكتابية، سوى الوثنية، وهو قول سفيان الثورى و النَّخْعِى وعطاء؛ استدلالًا بقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فكان الاستدلال بها من وجهين:

أحدهما: إطلاقها المقتضى ما وقع عليه الاسم من غير تخصيص.

و الثانى: أن اشتراط الإيمان زيادة على النص، و الزيادة على النص تكون نسخًا ونسخ القرآن لا يكون إلا بالقرآن أو بأخبار التواتر.

ومن طريق المعنى: أنهم قالوا: إنها رقبة تامة فى عتقها قربة؛ فوجب أن تجزئ فى كفارة الظهار كالمؤمنة.

فاحترزوا فى قولهم: «تامة من ذوات النقص» وبقولهم: «فى عتقها قربة» من الوثنية؛ لأنه لا قربة فى عتقها.

قالوا: ولأن الكفر معنى يجب به القتل، فوجب ألا يمنع من العتق فى كفارة الظهار؛ كعتق العبد القاتل.

قالوا: ولأن الكفر معصية فى الدين؛ فلم يمنع من أنها جزاء فى كفارة الظهار؛ كالفسق.

ودليلنا: قوله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فاستدل الشافعى فيها بأن لسان العرب وعرف خطابهم يقتضى حمل المطلق على المقيد إذا كان من جنسه، فحمل عرف الشرع على مقتضى لسانهم، وقد قيد الله تعالى كفارة القتل بالإيمان، والمطلق كفارة الظهار، فوجب أن يحمل مطلقها على ما قيد من كفارة القتل؛ كما قيد الشهادة بالعدالة بقوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وأطلقها فى قوله: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فحمل منه المطلق على المقيد فى اشتراط العدالة؛ كذلك الكفارة.

فذهب أكثر أصحاب الشافعى إلى موافقته فى حمل المطلق على المقيد بعرف اللسان إذا جمع شرطين:

أحدهما: أن يكون الحكم فى الموضعين واحدًا، وإن كان مختلفًا لم يحمل.

والثانى: ألا يكون للمطلق إلا أصل واحد، فإن كان من أصلين مختلفين، لم يجز إطلاقه على أحدهما بعرف اللسان إلا بدليل يوجب حمله عليه، وفى أ: أو شاب.

(١) البراءة من كل دين خالف الإسلام، فقد اختلف أصحابنا فيه: هل هو شرط لا يصح الإسلام إلا به، أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه استحباب، وليس بشرط واجب؛ لأن براءته من سائر الأديان من موجبات الإسلام، فلم يكن شرطًا فى ثبوته؛ كالصلاة، والصيام.

والوجه الثانى: أنه شرط واجب لا يصير مسلمًا إلا به؛ ليزول الاحتمال عن شهادته؛ لما روى أن رجلاً من اليهود أتى فى جماعة من أصحابه إلى رسول الله ﷺ، فسأله عن أمور من معالم الدين فأخبره بها، فقال: أشهد أنك نبى محق، فقال له ولمن معه: «مَا مَنَعَكُمْ أن تُبَايِعونِى؟» فقال: نخاف أن يقتلنا يهود؛ لأن داود دعا أن يجعل الله النبوة فى ولده. فلم يجر عليه رسول الله ﷺ حكم الإسلام مع الاعتراف بنبوته، وأنه قد كان يشهد بأن لا إله إلا الله؛ لأنه لم يبرأ من دينه؛ فدل على أن البراءة من كل دين خالف دين الإسلام شرط =

ولا يكفى اليهودى أن يقتصر على محمد ﷺ، بل لا بد من كلمتى الشهادتين[١] معًا، ويشترط أن يكون عتقها خاليًا من ثبوت[٢] العوض.

فلو أعتق عبدًا عن كفارته بشرط أن يعمل له كذا أو يرد عليه آبقا ونحوه لم يجزه عن الكفارة ؛ لأنه لم يجرد القصد لها، فلو قال بعد ذلك: لا أريد العوض لينقلب إلى الكفارة لم ينقلب إليها، ويشترط أيضا ألا يكون فى الرقبة عيب مخل بالعمل ولا مبالاة بعيب يثبت الرد؛ لأن المقصود تمليكه وتفريغه لوظائف الأحرار من العبادات وغيرها، وذلك إنما يحصل بالقدرة على القيام بكفاية نفسه، وإلا صار كلا على الناس، والمقصود فى البيع وغيره العين المالية؛ فلذلك يقدح فيها العيب المنقص للقيمة.

فمما يخل بالعمل الهرم فلا يجزئ عتق شيخ يضعف عن العمل، ومنه العمى، بخلاف العور فإنه مجزئ فى الكفارة إلا إذا كانت السليمة فيها ضعف ولا تجزئ العوراء فى الأضحية، والفرق أن العور ينقص به الرعى فيؤدى إلى الهزال المنقص للحم وهو المقصود فى الأضحية.

ويجزئ الأصم؛ لأنه قادر على العمل والاكتساب، ولا يجزئ المجنون فإن كانت إفاقته أكثر أو تساويا جاز، وعطف قوله: وعيب مخل بعمل، على قوله: بعوض، وهذا من المجاز الفصيح ؛ لأن المشوب بالعوض هو العتق[٣].

= فى ثبوت الإسلام.

والوجه الثالث: وهو قول أبى إسحاق المروزى، وأبى حامد المروزى -: أنه شرط فى الإسلام لمن زعم أن محمدًا نبى مبعوث إلى إسماعيل دون إسحاق، وهذا بعض قول اليهود، وفى إسلام من زعم أنه ليس بنبى، فإن كان من الطائفة الأولى، لم يصح إسلامه بالشهادتين إلا بالبراءة من كل دين خالف الإسلام، وإن كان من الطائفة الأخرى، صح إسلامه بالشهادتين وإن لم يتبرأ من كل دين خالف دين الإسلام.

(١) فى ط: الشهادة.

(٢) فى ط: خاليا عن شوب.

(٣) أطلق الله تعالى تحرير الرقبة فى كتابه بقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، أطلقها، ولم يصفها، فأجمع من تقدم الشافعى وعاصره على أن عموم الإطلاق غير مستعمل، وأن من الرقاب ما يجزئ، ومنها ما لا يجزئ، فكان العموم.

وخالف داود من بعد، فقال: العموم مستعمل، وجميع الرقاب تجزئ من معيب وسليم وناقص وكامل؛ تمسكًا بالعموم، واحتجاجًا بالتسوية بين الصغير والكبير مع اختلافهما فى النقص والكمال.

وهذا خطأ مدفوع بإجماع من تقدمه، ولما روى أن رجلًا أتى رسول الله ﷺ برقبة سوداء، فقال: يا رسول الله، على عتق رقبة، أفأعتق هذه؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أَيْنَ اللهُ؟» فأشارت إلى السماء، فقال لها: «من أنَا؟» فأشارت إليه وإلى السماء - تعنى: رسول الله ﷺ فقال: «أعتِقْهَا، فَإِنَّها مُؤْمِنَةٌ»، فدل سؤال السائل عنها، وامتحان النبى ﷺ لها على أن العموم مخصوص، وأن =

ويشترط أن تكون الرقبة تامة الملك[1]، يحترز بذلك عن المستولدة والمكاتب على ما سيأتى، وعن العبد الموصى بمنفعته وعن المستأجر إن قلنا: لا يرجع بأجرة منافعه على السيد بعد العتق وعمن يعتق عليه.

فإذا قال لسيد ابنه أو أبيه: أعتقه عن كفارتى بكذا، فأعتقه، عتق واستحق المال. ولم يجزه عن الكفارة؛ لأنه لا يتم رقه، بل يعتق بمجرد الملك، وعمن اشترى بشرط العتق؛ لأنه مطالب بعتقه فرقه غير تام.

= من الرقاب ما يجزئ، ومنها ما لا يجزئ؛ فبطل به قول داود: إن كل الرقاب تجزئ.

ولأن الله تعالى أطلق فى الكفارة ذكر العتق والإطعام، ثم كان عموم الإطعام مخصوصًا فى ألا يجزئ منه إلا مقدر، ولا يجزئ ما انطلق عليه الاسم من إطعام لقمة وكسرة؛ فكذلك العتق يجب أن يكون مخصوص العموم بما يقتضيه مقصود التحرير.

فإذا تقرر ما وصفنا: فمقصود العتق فى الكفارة هو تكميل الأحكام، وتمليك المنفعة.

فأما تكميل الأحكام، فهو أن يصير بالحرية جائز الشهادة، ثابت الولاية، ماضى التصرف.

وأما تمليك المنفعة: فهو أن يصير بالحرية مالكًا لمنافع نفسه: فإن كان العتق فى غير كفارة، جاز أن يكون ناقص المنافع؛ لأنه تطوع: وإن كان فى كفارة، وجب أن يكون كامل المنافع؛ لأمرين:

أحدهما: أنهم أجمعوا على أن من ذوات العيوب ما يجزئ: كالبرصاء، والحمقاء، والقبيحة، والمقطوعة الخنصر أو البنصر وأن من ذوات العيوب التى لا تجزئ: العمياء، والمقعدة، والمقطوعة اليدين والرجلين - فدلنا ذلك من إجماعهم على أنهم راعوا ما أثر فى العمل، ولم يراعوا ما أثر فى الأثمان.

والثانى: أن المقصود من العبيد هو العمل؛ لأنهم مرصدون لخدمة أو تكسب، والنقصان من مقصود الشىء هو المؤثر فيه؛ كالبيع لما كان مقصوده الثمن، كان ما أثر فى نقصانه عيبًا يوجب الخيار، وما لا يؤثر فيه لم يكن عيبًا، ولا يستحق فيه الخيار؛ وكالنكاح لما كان مقصوده الاستمتاع، كان ما أثر فيه من العيوب موجبًا للخيار، وما لا يؤثر فيه لم يوجبه؛ كذلك العتق فى الكفارة، لما كان مقصوده تمليك العمل، كان ما أثر فيه من العيوب مانعًا من الإجزاء، وما لم يؤثر فيه أجزأ؛ فثبت بهذين: أن كل عيب أضر بالعمل إضرارًا بينًا منع من الإجزاء فى الكفارة، وما لم يؤثر فيه لم يمنع من الإجزاء فيها.

فإذا استقر ما أصلناه من هذه القاعدة فمن العيوب التى لا تجزئ فيما تعلق بالعتق العمى؛ لأنه من أبلغ النقص فى الإضرار بالعمل، فلا تجزئ العمياء.

فأما الحولاء والعشماء والعوراء فتجزئ؛ لأن كل ذلك غير مضر بالعمل. فأما ضعف البصر فإن كان يمنع من معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع من الإجزاء، وإن كان لا يمنع من ذلك أجزأ.

ومن طريف ما يحكى ههنا أن الشعبى كان يختلف إلى إبراهيم النَّخَعِى؛ يتعلم منه، ثم امتنع الشعبى، فقال له النخعى: لم امتنعت؟ فقال: قد استكفيت من العلم، فقال له النخعى: ما تقول فى العبد الأعور، أيجزئ فى الكفارة، أم لا؟ فقال الشعبى: لا يجزئ، فقال له النخعى: ويحك! شيخ مثلى لا يجزئ فى الكفارة؟! - وكان النخعى أعور - فقال الشعبى: بل مثل هذا الشيخ يجزئ. فقال النخعى: أخطأت من وجهين:

أحدهما: أن العبد الأعور يجزئ فى الكفارة، وأنت منعت.

والثانى: أن الحر الأعور لا يجزئ فى الكفارة، وأنت جوزت.

(١) فى ط: الرق.

وقوله: ولو دفعتين وباقى عتقاء وعبدين لكفارتين بإشاعة وشركة لموسر نوى كله لها ولو من غصب ورهن وجنى فنفذ كمشرف إن عاش ومرجو مات وكذا من خرس منهما وقطع أصابع رجليه وخنصر يد وبنصر أخرى وأنملة غير إبهام.

أى: ولا يشترط أن يقع العتق جملة ولا فى رقبة واحدة، بل تجزئ سواء أعتقها دفعة أو دفعتين، فإذا ملك المعسر نصف عبد وأعتقه عن كفارته ثم ملك النصف الآخر وأعتقه عنها أجزأه على الأصح.

ولو ملك أبعاض عبيد فأعتقها عن كفارته أجزأه على الأصح بشرطين:

أن يستوفى بالأبعاض قدر الرقبة كالنصفين من عبدين وثلاثة أثلاث من ثلاثة أعبد.

وألا يبقى فى البعض[1] رق بل يكون البعض المعتق هو الباقى من الرق فيه، وإليه أشار[2] بقوله: «باقى عتقاء».

ولو كان عليه كفارتان فأعتق عنهما عبدين على الإشاعة أجزأه على الصحيح، ولو أعتق الموسر العبد المشترك عن كفارته أجزأه على الأصح.

وكذلك إذا أعتق نصيبه ونوى بعتقه وعتق الباقى عن الكفارة، فإن نواها بعتق نصيبه فقط عتق نصيب الشريك عليه ولم يجزه عن الكفارة.

وفى وقوع قدر نصيبه عنها وجهان، ويجزئ عتق مغصوب علمت حياته، هذه طريقة جمهور الخراسانيين، وجمهور العراقيين يقولون: لا يجزئ، وتوسط الماوردى فقال: إذا أمكن العبد التخلص إلى ناحية ما أجزأه، وإلا فلا، قال النووى: وهو قوى جدًّا.

وكذلك يجزئ المرهون والجانى إذا نفذنا العتق فيهما.

ولو أعتق مريضًا عن كفارته نظرت: فإن كان مشرفًا أو مخوفًا كمرض لا يرجى زوال مرضه كالسل لم يجز، فإن شفى منه تبين أنه كان مرجوًّا فيجزئه.

وإن كان مرجوًّا الشفاء كالحمى أجزأه، ولو مات بعد ذلك على الصحيح لاحتمال أنه مات من غيره.

ويجزئ الأخرس إذا كان يفهم الإشارة، وهذه عبارة الرافعى.

وعبارته فى «الحاوى»: وخرس مفهمًا، أى بإشارته، قال القونوى: ولا يخفى الفرق بين كونه فاهما بها أو مفهما بها.

---

(١) فى ط: المبعض.
(٢) فى ط: الإشارة.

قلت: الظاهر أن من فهم بها[١] أفهم بها.

ويجزئ مقطوع الأنف والأذن والأخشم - والخشم داء فى الأنف يمنع الشم - ومقطوع أصابع رجلين لا مقطوع رجل ولا أصابع يد؛ لأن ذلك يخل بعمله وبطشه.

ولا يجزئ مقطوع الإبهام من اليد والأنملة منها، ولا مقطوع السبابة أو الوسطى.

ويجزئ مقطوع الخنصر من يد والبنصر من الأخرى لا مقطوعهما من يد واحدة.

ويجزئ مقطوع أنملة من كل إصبع غير الإبهام، حتى لو قطع من أصابع كفيه غير الإبهام الأنامل العليا أجزأه، ويفهم ذلك من قوله: وأنملة غير الإبهام، وقد لا يفهم ذلك من قوله فى «الحاوى»: وأنملة إلا من الإبهام، وقطع أنملتين من إصبع كفقد الإصبع.

ويجزئ الأبرص والمجذوم ومفقود الأسنان وضعيف البطش والرتقاء والقرناء والمجبوب وولد الزنى والصغير، والأحمق وهو الذى يضع الشىء فى غير موضعه عالمّا بقبحه، ويخرج لذلك المجنون لعدم عمله بالقبح، وقال ثعلب: الأحمق من لا ينتفع بعقله.

وقوله: لا جنين وأم ولد ومكاتب بصحة ومستمر فقد.

أى: ولا يجزئ عتق الجنين فى البطن وإن ولد حيًا عقيب الإعتاق ؛ لأنه لا يتعلق به[٢] حكم الأحياء غالبًا ولهذا لا تجب فطرته.

ولا تجزئ المستولدة؛ لأنها ناقصة الرق، لاستحقاقها العتق وامتناع بيعها، بخلاف المدبر والمعلق عتقه بصفة.

ولا يجزئ المكاتب لنقصان رقه أيضا، فإن كوتب كتابة فاسدة أجزأه؛ لعدم نقصان الرق وعتقه بالأداء كعتق المعلق عتقه بصفة.

ولو قال: المكاتب إذا عجز أو الجنين إذا ولد حر عن كفارتى، فعجز أو ولد عتق ولم يجزه عنها؛ لأنه حين التعليق كان لا يجزئ، ولا يجزئ المفقود وهو الذى انقطع خبره إذا استمر الفقد.

أما إذا علم بعد ذلك أنه كان يوم إعتاقه حيًا، فإنا نتبين صحته وأجزأه عن الكفارة، وقد لا يفهم هذا من قوله فى الحاوى: لا الجنين ولا منقطع الخبر.

وقوله: فإن تعسرت حين شرع أو احتاجها لمرض أو منصب صام شهرين بتتابع وإن ملك رأس مال أو مستغلًا لو صرفه كمسكن ونفيس عبد ودار أُلِفَا، لا إن وسعت أو بعد

---

(١) فى ط: فهمها.

(٢) فى ط: لا يتعلق له.

ماله.

أى: وإذا تعسر العتق حال الشروع إما لقلة المال عما فوق الكفاية أو لتعسر الرقبة بالعدم أو بطلب أكثر من ثمن المثل، [صام شهرين متتابعين][١]، وفيه تنبيه على أن الاعتبار بحالة الأداء لا حالة الوجوب وهى على التحقيق حالة الشروع، حتى لو نوى المعسر الصوم من الليل ثم استغنى حالة الشروع لم يجزه الصوم وإلا أجزأه.

ولو كان معسرًا حالة الشروع فى الصوم ثم استغنى عقيبه بلحظة لم يلزمه العتق والعبد معسر؛ لأنه لا يملك، وإن قلنا بأنه يملك فهو ملك ضعيف لا يصح معه عتقه؛ لتضمنه الولاء وهو ليس من أهله.

وقيل: يصح ويكون الولاء له، وقيل: لسيده، فإن ظاهر ثم عتق وأيسر فالأصح أنه يلزمه التكفير بالعتق.

وليس للسيد منع عبده من صوم هذه الكفارة وإن منعه فى حالة من كفارة اليمين.

والفرق: ما يلحقه من الضرر باستمرار تحريم زوجته، والمراد صوم شهرين هلاليين فإن بدأ فى أثناء الشهر، فالثانى هلالى وكمل الأول من الثالث ثلاثين، ووجوب هذا التتابع بنص القرآن الكريم.

فلو أفسد صوم آخر يوم من الشهرين وجب استئنافهما، وهل يبطل ما مضى أو ينقلب نفلاً؟ فيه الخلاف فى نظائره.

والأصح انقلابه نفلا، ولا يقطع التتابع الجنون والإغماء ولا الحيض ولا النفاس، ويتصور ذلك فى كفارة القتل.

ويقطعه الإفطار بعذر المرض والسفر على الصحيح، ولا تجب نية التتابع ؛ لأنه شرط فيه فلم يجب كسائر شروط العبادات.

ولو ملك المعسر عبدًا يحتاجه لخدمته، إما لكونه مريضًا أو كبيرًا أو زمنًا، أو كان ذا منصب لا يليق بحاله أن يخدم نفسه - فإنه لا يكلف عتقه، بخلاف ما إذا كان لا يزرى به ذلك؛ لأنه لا ضرر يلحقه وإنما فاتته الرفاهية.

ومن ليس فى ملكه رقبة اشتراها إن وجد ثمنًا فاضلاً عن كفايته وكفاية من يمونه من نفقة ومسكن وكسوة سنة كاملة، وقيل: العمر، والأثاث الذى لا بد منه كالمسكن.

وإنما ترك له[٢] المسكن والخادم ولم يتركا للمفلس ؛ لأن للكفارة بدلا وهو الصوم؛

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: به.

ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة بخلاف الدين.

وكذلك إذا كان له رأس مال يتجر فيه، أو مستغل كضيعة يستغلها ويحصل منها النفقة فقط، ولو صرف ذلك إلى العتق صار مسكينًا لم يلزمه وجاز له أن يصوم.

والماشية وسائر العقارات كالضيعة، ففهمت من هذا أنه لا يشترط العجز الكلى فى الرقبة بل العسر[١] كاف فى إسقاطها.

ولو كان له عبد نفيس يجد بقيمته عبدًا يعتقه وعبدًا يخدمه أو دارًا كذلك نظرت: فإن كان قد ألفهما لم يكلف ذلك إلا إذا كانت الدار واسعة فعليه أن يبيع منها للكفارةِ الزائدَ على كفايته، وإن لم يألفهما كلف ذلك.

ولو كان ماله غائبًا صبر حتى يصل، ولا يكفر بالصوم، ولا يلتفت إلى تضرره بتأخر الاستمتاع ؛ لأنه هو الذى ورط نفسه.

وقوله فى الحاوى: وللمعسر وقت الأداء، اقتصر على المعسر، والموسر مثله إذا فقدت الرقبة أو وجدت بأكثر من ثمن المثل.

وليس الإعسار شرطًا فإن المعسر على الصحيح من لا يملك شيئًا أو يملك ما لا يخرجه من استحقاق سهم المساكين، بل من له غلة أو رأس مال يحصل منه قدر كفايته يكفر بالصوم.

وقوله: ثم يملك لا فى قتل ستين مسكينًا مدًّا مدًّا لهرم وزمانة وشبق مفرط.

أى: إذا عجز عن الصوم أو خاف منه مشقة شديدة لكونه شيخًا هرمًا أو مريضًا زمنًا فإنه يجوز له أن يطعم عن كل يوم مدًّا، فيطعم ستين مسكينًا لكل مسكين مد من جنس طعام الفطرة بمد رسول الله ﷺ، فلو صرف الستين إلى ستين ولكنه فاضل بينهم لم يجزه، بل لا بد أن يصيِّرَ[٢] لكل واحد من الستين مدًّا كاملاً.

ومن به شبق مفرط لا يستطيع معه الصبر عن المرأة يطعم أيضًا كالزمن والشيخ الهرم.

والتمليك شرط فلو غدّاهم وعشاهم لم يجزه وذلك يتصور فى التمر، أما الخبز فلا؛ لأنه مع التمليك لا يجزئ.

ولو وضع الستين إلى ستين بين أيديهم وقال: ملكتكم، فقبلوا أجزأه وأخذوه مدًّا مدًّا.

ولو أعطى مسكينًا مدًّا، ثم اشتراه منه وأعطاه آخر، وهكذا إلى أن يستكمل الستين

---

(١) فى ط: التعسر.

(٢) فى ط: يصرف.

مسكينًا أجزأه وكره.

وأما كفارة القتل فلا إطعام فيها ؛ لأنه لم يذكر فى القرآن الكريم، وقوله فى الحاوى: ثم يملك ستين مسكينًا ستين مدًّا، يصدق على من أعطاهم وفاضل بينهم وقد بينا أنه لا يجوز.

وقوله: بنية كفارة، فإن عين وأخطأ أعاد.

أى: جميع ما ذكر من الخصال الثلاث لا بد أن يكون بالنية فتجب مقارنتها للعتق والإطعام، ولا يجوز تقديمها عليه، بخلاف الصوم فإن نيته معروفة بالتبييت من الليل، ويكفى بها الكفارة مطلقًا، ولا يجب التعيين حتى لو كان عليه كفارة ظهار وكفارة قتل فأعتق رقبتين عما عليه أجزأه، بل لو نسى ما عليه وأعتق بنية الكفارة أجزأه.

نعم لو عين فأخطأ بأن كان مثلاً عليه كفارة ظهار فأعتقها ناويًا كفارة القتل لم يجزه، وعتقت عليه وذلك مأخوذ من قوله: أعاد.

ولا يشترط أن ينوى الواجب ؛ لأن الكفارة لا تكون إلا واجبة، ولا يتعين لفظ الكفارة، بل لو قال: أعتقت عما على من الظهار أو القتل أجزأه.

وقد ذكر فى الحاوى النية فى أثناء الخصال وتبع فى ذلك الغزالى، وقد اعترض عليه الرافعى، وقال: كان الأحسن تقديمها أو تأخيرها.



حد القذف[1]

وقوله: حد قاذف مسلم مكلف حر عف عن وطء به حد ووطء أمة محرم أو دبر مفترشة، بزنيت لطت أو فرجك أو ذكرك أو بدنك أو بصرائح إيلاء وصفت بحرام وإن لحن كتذكيرها، وأنت أزنى من زناة الناس أو من زيد وعلم ثبوت زناه، ولست ابنه لا ابنى ولا لمنفى وأراد شرعًا.

---

(١) القذف لغة: هو الرمي بالحجارة وغيرها، يقال: قذف، يقذف قذفا؛ فهو قاذف.
والجمع: قُذَّاف وقذفة، كفساق وفسقة، وفى اللسان: التقاذف: الترامى، ومنه قول الراجز:
فقذفتها فأبت لا تنقذف
وفى قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ رَبِّي يَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَّامُ الْغُيُوبِ﴾ [سبأ: ٤٨]، قال الزجاج: معناه: يأتى بالحق، ويرمى به؛ كما قال: ﴿بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ﴾ [الأنبياء: ١٨] وقال: ﴿وَيَقْذِفُونَ بِالْغَيْبِ مِن مَّكَانٍ بَعِيدٍ﴾ [سبأ: ٥٣]، وفى الأخيرة يقول الزجاج: كانوا يرجمون الظنون أنهم يبعثون.
وقذفه به: أصابه، وقذفه بالكذب كذلك، وقذف المحصنة: أى سبها، وفى حديث هلال بن أمية: «أنه قذف امرأته بشريك».
فالقذف فى اللغة يعنى مطلق الرمي، ثم استعمل فى الرمي بالزنى ونحوه من المكروهات؛ ففى الحديث عن عائشة: «وعندها قينتان تغنيان بما تقاذفت به الأنصار يوم بعاث» أى: تشاتمت به فى أشعارها وأراجيزها التى قالتها فى تلك الحروب.
وأما القذف فى اصطلاح الفقهاء:
أولًا - تعريف الشافعية:
القذف عند الشافعية: هو «الرمي بالزنى فى معرض التعيير».
فقولهم: «الرمي بالزنى» خرج به الرمي بغير الزنى؛ فإنه لا يسمى قذفا.
وقولهم: «فى معرض التعيير» أى: فى موضع ظهور التعيير والقصد إليه، أى: فى مقام هو التعيير، والتعيير هو التوبيخ والتنقيص، ومحل ذلك إذا كان الشهود أقل من أربعة؛ فتكون شهادتهم قذفا؛ فيحدون؛ ومن ثم لا يعد من القذف مقام الشهادة، وإن كان رميا بالزنى.
وثانياً - تعريف الأحناف:
عرف الأحناف القذف بأنه «الرمي بالزنى».
فقولهم: «الرمي» جنس فى التعريف، يشمل مطلق الرمي؛ فيدخل فيه الرمي بالزنى وغيره.
وقولهم: «بالزنى» قيد أخرج الرمي بغير الزنى؛ فلا يعد قذفا.
وثالثاً - تعريف المالكية:
القذف عند المالكية-كما عرفه ابن عرفة-قذف أعم، وقذف أخص:
فالقذف الأعم: هو «نسبة آدمى غيرَهُ لزنى، أو قطع نسب مسلم».
والقذف الأخص: هو «نسبة آدمى مكلف غيرَهُ حرا عفيفا مسلما بالغا، أو صغيرة تطيق الوطء لزنى، أو قطع نسب مسلم».
فقولهم: «نسبة آدمى» معنى قوله: «نسبة» أى: حكم بزنى، إسنادا أو تقييدا، ويدخل فيه التصريح والتلويح والتعريض، «وآدمى»: مضاف إليه؛ من إضافة المصدر إلى فاعله، و «غيره» مفعول به.
وقولهم: «غيره» خرج به من قذف نفسه «لزنى» وقد تقدم حد الزنا. =

أى: يجب أن يحد قاذف المسلم المتحلى بهذه الأوصاف، والقذف من الكبائر، قال النبى ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات . . .»(١) وعد منها: قذف المحصنات(٢)، وإنما يحد

= وقولهم: «أو قطع نسب مسلم» أخرج به ما لو لم يقطع نسبا، أو قطع به نسب غير مسلم؛ فإنه لا يسمى قذفا: كأن يقول - من الأول - لرجل: لست ابنا لفلان؛ فإنه ليس قذفا؛ لأنه لا يمكن قطعه عنه، ولو قال: ليس أبوك الكافر ابن أبيه؛ لم يقطع نسبا أيضا؛ فلذا قال: «مسلم».

وقولهم: «والأخص» لم يذكر فى الزنى، ولم يظهر الجواب عنه؛ فإن كثيرا من صور الزنى لم تتوفر فيه شروط الحد، ويصدق عليه أنه زنى.

وقولهم: «حرا عفيفا» إنما قيده بهذه القيود؛ ليخرج من ليس بحر ولا عفيف.

وقولهم: «آدمى مكلف» أخرج به غير الآدمى، وهو الآدمى غير المكلف؛ فإنه لا يصدق عليه قذف يوجب الحد.

وقولهم: «أو صغيرة» أدخل به الصغيرة المدركة المطيقة.

ورابعًا - تعريف الحنابلة:

القذف عند الحنابلة هو: «الرمى بزنى أو لواط أو شهادة بأحدهما عليه، ولم تكمل البينة».

فقولهم: «الرمى»، جنس فى التعريف يشمل كل رمى.

وقولهم: «بزنى أو لواط» قيد خرج به ما عداهما.

وقولهم: «أو شهادة بأحدهما» المراد: الشهادة بالزنى أو باللواط.

وقولهم: «عليه» أى: على المقذوف.

وقولهم: «ولم تكمل البينة» أى: البينة المقررة فى الشرع، فإذا كانت البينة شهودا؛ فلا بد أن تكون أربعة؛ فإن قل العدد عن ذلك لم تكمل البينة.

(١) قوله: «السبع الموبقات» هى: المهلكات، وأوبقه الله: أهلكه، يقال منه: وبق يبق، وأوبق يوبق: إذا أهلك، قال الله - تعالى -: ﴿أَوْ يُوبِقْهُنَّ بِمَا كَسَبُوا﴾ [الشورى: ٣٤].

قوله: «التولى يوم الزحف» التولى: الإدبار فرارًا من القتال. والزحف: هو المشى إلى القتال.

قوله: «افترى على حر» أى: كذب، قال الله - تعالى -: ﴿لَا تَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ كَذِبًا﴾ [طه: ٦١].

(٢) قذف غير محصن لم يجب عليه الحد؛ لقوله - عز وجل -: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] فاشترط الإحصان فى المقذوف، فدل على: أنه لا يجب الحد بقذف من ليس بمحصن.

وللإحصان فى حق المقذوف خمس شرائط: البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام، والعفة عن الزنى.

قال ابن الصباغ: وهذا اتفاق، ولأن -الله تعالى- شرط فى حد القذف إحصان المقذوف، وهو الكمال؛ فاعتبر البلوغ فيه لنقص الصغر، واعتبر العقل؛ لنقص الجنون، واعتبرت الحرية؛ لنقص الرق، واعتبر الإسلام؛ لنقص الكفر، ولقوله ﷺ: «من أشرك بالله فليس بمحصن». واعتبرت العفة؛ لنقص الزنى، ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ . . . الآية﴾ [النور: ٢٣] قيل: أراد الغافلات عن الفواحش بتركها.

وهل يحكم بحصول العفة من غير بحث عنها؟ فيه وجهان فى الحاوى وغيره فى كتاب اللعان: مختار أبى إسحاق المروزى منها: المنع، وهو ما اختاره فى المرشد؛ فلا بد من البحث عنها؛ كما فى العدالة.

قال الرافعى: والذى رجحه الأكثرون: عدم الوجوب، وفرقوا بين ذلك وبين العدالة بأن البحث =

القاذف إذا كان المقذوف محصنًا للآية: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، والمحصن هو المسلم المكلف الحر العفيف، فيخرج الكافر والصبى والمجنون والعبد وغير العفيف.

وتبطل العفة بكل وطء يوجب الحد ولو جارية أحد أبويه أو جارية زوجته، وكذا وطء المرتهن المرهونة مع العلم بالتحريم والوطء فى دبر غير الزوجة والأمة.

لكن الوطء فى دبر الزوجة والأمة يسقط العفة على الأصح وإن لم يوجب الحد كما فى العزيز و«الروضة».

وتبطل أيضًا بوطء المملوكة المحرم وإن لم يوجب الحد، كمن ملك أخته من النسب أو الرضاع ووطئها فإن الحد لا يجب، وتسقط به العفة ؛ لأن ذلك أفحش من الزنى بالأجنبية وأدل على قلة المبالاة.

فإن وطئها وهو يظنها زوجته أو أمته فمعذور لا تبطل به العفة. وكذلك لو وطئ أمته المزوجة أو المعتدة أو المرتدة أو المجوسية، أو وطئها قبل الاستبراء أو وطئ المظاهر قبل التكفير أو وطئ فى الصوم أو الاعتكاف والإحرام والحيض لوقوعه فى الملك، وكذلك فى النكاح بلا ولى، أو بلا شهود، أو فى نكاح المتعة والشغار - كل ذلك لا يبطل العفة.

والقذف الصريح أن يقول: زنيت، أو يا زانى، أو زنى فرجك أو ذكرك أو قبلك أو دبرك أو بدنك، لا يدك ورجلك أو عينك.

ومن الصريح أن يقول: أولجت ذكرك فى فرج زانيًا ونحوه، أو يصف ذلك منه فى امرأة بالتحريم.

= فى الإحصان يؤدى إلى هتك الستر وإظهار الزنى المأمور بستره، والبحث عن العدالة بخلافه.
ولأن القاذف عصى بالقذف، فغلظ عليه بإقامة الحد بظاهر الإحصان، والمشهود عليه لم يصدر منه ما يقتضى التغليظ.

قال ابن الرِّفعة: قال الإمام: ولا يقدح فى الحصانة مراودته على الزنى، وتحوّمه على طلبه، وصدور مقدماته، وهذا ما وجدت الطرق متفقة عليه. ثم حكى عن شيخه احتمالا فى قدح ذلك فى العفة، خرجه من نص الشافعى - رضى الله عنه - على أنه إذا زنى بعد القذف تسقط العفة، ووجه التخريج: أن الزنى اللاحق لا يدل على زنى سابق، وإنما يدل على سبق مقدماته.
قال الإمام: وهذا ليس بشىء.

إذا ثبت هذا: فإن كان المقذوف صغيرًا أو مجنونًا، فلا حد على قاذفهما، لأمرين:
أحدهما - لنقصانهما عن كمال الإحصان.
والثانى - لأنهما لا يجب عليهما بالزنى حد؛ فلم يجب لهما بالقذف حد

ولو قال للمرأة: زنيت، بفتح التاء، أو للرجل: زنيت، بكسرها - فقاذف، ولا أثر للحن بتذكير المؤنث وتأنيث المذكر؛ لما فيه من الإيذاء أيضًا.

ولو قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من الناس، فليس بصريح ؛ لأن مقتضاه نسبة الناس جميعًا إلى الزنى وأنه أزنى منهم.

وهذا كذب معلوم لا يكون به قاذفًا، كما لو قال لامرأة: زنى بك جماعة فى حالة واحدة ؛ لأنه يعلم كذبه، وإن قال: أردت أزنى من زناة الناس، فقاذف ؛ لأن الناس لا يخلون من الزناة سواء قال: وفيهم زناة، أم لا.

وإن قال: فى الناس زناة وأنت أزنى منهم، أو أنت أزنى من زناة الناس - فقاذف ؛ لأنه لم يجعله أزنى من الناس بل من زناتهم.

وإن قال: أنت أزنى من زيد، نظرت: فإن كان زيد قد ثبت زناه وعلم القاذف بذلك فهو قذف، ولو قال: زيد زان وأنت أزنى منه فقاذف لهما[1]، وإن لم يقل: زيد زان ولم يثبت زناه أو ثبت ولم يعلم به فليس بقذف صريح بل كناية، والقول قوله إن لم يعلم زناه.

ولو كان لزيد ابن فقال له رجل: لست ابن زيد، فالأصح أنه قاذف لأمه، بخلاف ما إذا قال لولده: لست ابنى، فإنه ليس بقذف لأمه؛ لأن الأب يقصد بذلك تأديب ولده عما لا يليق بنسبه فحمل على ذلك بخلاف الأجنبى.

فإن قال الأب: أردت أنه من زنى، فقاذف لأمه، وإن ادعت المرأة أنه أراد ذلك وأنكر فلها تحليفه، فإن نكل حلفت.

وله إسقاط الحد باللعان، وقيل: لا؛ لإنكاره القذف.

وإن قال: أردت أنها لم تلده وأنه لقيط، فلا قذف والقول قوله، وعليها البينة.

ولو قال للمنفى باللعان: لست ابن فلان، فلا قذف ؛ لأنه قد يريد لست ابنه فى الحكم.

وإن قال: أردت أنه ولد زنى، فقاذف لأمه فهو على هذا كناية، ولو قال له ذلك بعد الاستلحاق، فالمذهب أنه صريح إلا إن ادعى احتمالًا ممكنًا بأن قال: لم تكن ابنه حين نفاك فإنه يقبل قوله بيمينه.

[وقوله فى الحاوى: «قذف المكلف» إلى قوله: «وللمنفى إن قصد نفيه شرعًا» فيه أمور:

أحدها: قوله: ويحرم بالرضا، لو قال: بالمحرمية، كان أولى وإن كان النسب يدخل من طريق أولى؛ لما فى الصفة من التخصيص.

---

(١) فى ط: بهما.

الثانى: قوله: بالنيك وإيلاج الفرج لا بد من وصف ذلك بالتحريم الموجب للحد كما وصفه غيره.

الثالث: قوله: «وأنت أزنى من الناس وفيهم زناة»، وهذه مخالفة لما فى العزيز والروضة؛ لأنه جعله أزنى من الناس، وقد نصوا على أن ذلك ليس بصريح؛ لأن ظاهره نسبة الناس كلهم إلى الزنى، وأنه أكثر زنى منهم وهذا يتبين به كذبه فلا يعد صريحا.

وقوله بعد: «وفيهم زناة»، لا يفيد شيئا؛ لأنه لا يصرف إلى الزناة ما نسبه إلى الناس، وكون الزناة فى الناس معلوم وإن سكت عنه، وعبارته فى العزيز والروضة: فى الناس زناة وأنت أزنى منهم، أو أزنى من زناة الناس، ولا يخفى الفرق بين العبارتين][1].

وقوله: وكناية كيا خبيث وزنأت وفى جواب زوج قال: يا زانية، زنيت بك، أو أنت أزنى منى، لا يا حلال وأما أنا فغير زان.

أى: القذف الصريح ما تقدم، والكناية كقوله: يا خبيث يا فاجر يا فاسق، ولعربى: يا نبطى[2]، وكقوله: زنأت، بالهمز على الأصح؛ لأنه الصعود.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) النبط والنبيط: قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين، والجمع أنباط، يقال: رجل نبطى ونباطى ونباطٍ، مثل يمنى ويمانى ويمان. قال الزمخشرى: سموا نبطًا؛ لأنهم يستنبطون الماء، أى: يستخرجونه من الأرض. ومعنى «نبطى اللسان»: الذى اشتبه كلامه بكلام العرب والعجم، ومعنى نبطى الدار: من داره بين دور العجم وهو عربى

وإن قال لعربى: يا نبطى، لم يكن قاذفًا بظاهر الكلام؛ لأن قوله للعربى: يا نبطى، يحتمل أن يريد نفيه من نسب العرب؛ فيكون قذفًا، ويحتمل أن يريد أنه نبطى الدار، أو اللسان؛ فلا يكون قذفًا؛ فخرج من صريح القذف إلى كنايته؛ فوجب أن يُسأل عن مراده: فإن قال: لم أرد به القذف، بل أردت به نبطى الدار؛ لأنه ولد فى دارهم، أو نبطى اللسان؛ لأنه لا فصاحة له - كان القول قوله مع يمينه، ولا حد عليه، ثم ينظر فى مخرج كلامه: فإن لم يرد به الدم والنسب، فلا يعزر عليه، وإن أراد به دمه ونسبه، عُزِّرَ للأذى، فإن نكل عن اليمين، حلف المقذوف: لقد أراد به نفى نسبى، وصار قاذفًا، وإن قال: أردت به نفى نسبه من العرب، وإضافته إلى نسب النبط، صار قاذفًا لإحدى أمهاته، فيسأل عمن أراد قذفها منهن، فإنه لا يخلو حالهن من ثلاثة أقسام:

أحدها - أن يريد قذف أم أب من آبائه فى الجاهلية؛ فيكون قاذفًا لكافرة؛ فلا يجب عليه الحد، لكن يعزر.

والقسم الثانى: أن يريد أم أب من آبائه فى الإسلام؛ فيكون قاذفًا لأم الأب الذى أراده؛ فيجب فى قذفها الحد؛ لأنها مسلمة، ويكون ذلك للأم إن كانت باقية هى المستحقة لحده، فإن ماتت فولدها إن كان باقيًا، فإن مات فلوارثه، فإن كان منهم ورث الحد معهم، وإن لم يكن منهم؛ لوجود من هو أقرب، كان الأقرب أحق بالحد؛ لأنه أحق بالميراث، فإن عفا الأقرب عنه، ففى استحقاق هذا الأبعد له وجهان مخرجان من اختلاف أقاويله فى ميراث هذا الحد، هل يجرى =

فإن قال: زنأت فى الجبل، فكناية قطعًا[١].

= مجرى ميراث الأموال أو لا؟ على وجهين:
أحدهما: أنه لا حق له فيه إذا قيل: إنه يورث ميراث الأموال.
الوجه الثاني: يستحقه بعد عفو الأقرب إذا قيل: إنه يختص بالعصبات لنفى العار عنهم.

(١) وإن قال لغيره: زنأت فى الجبل، فإنه لا يكون قاذفًا بظاهر هذا القول، إلا أن يقر أنه أراد به الزنى؛ فيكون قذفًا. قال أبو حنيفة وأصحابه: يكون قاذفًا بظاهره.
دليلنا: أن قوله: زنأت فى الجبل، حقيقة فى الصعود والارتقاء، يقال: زنأت تزنأ زنئًا وزنوءًا. ويقال فى الزنا الذى هو الوطء: زنيت تزنى زنى. فإذا كان ذلك حقيقة فى الصعود، حمل على الإطلاق، ولم يحمل على المجاز إلا بدليل.
قال ابن الرفعة: والفرق بين زنى وزنأ فى حقيقة اللسان وعرف الاستعمال مشهور، حكى أن امرأة كانت ترقص ابنًا لها، وتقول:

أَشْبِهْ أَبَا أمِّكَ أَوْ أَشْبِهْ حَمَلْ　　وَلَا تَكُونَنَّ كَهُلُوفٍ وَكَلْ
يُصْبِحُ فِى مَضْجَعِهِ قَدِ انْجَدَلْ　　وَارْقَ إِلَى الخَيْرَاتِ زَنْئًا فِى الجَبَلْ

وأرادت بالحمل نجيبًا من قومه، ولعله أبوه، والهلوف: الرجل الجافى العظم. والوكل: الضعيف، فكأنها قالت: لا تكونن رجلا ثقيل الجسم مسترخيًا، وأرادت بقولها: «قد انجدل» أى: وقع على الأرض، وبقولها: «وارق»، أى: اصعد، وبقولها: «زنئا فى الجبل» أى: كصعودك فى الجبل، ومعناه: فإنك تعلو بصعودك إلى الخيرات كما تعلو بصعودك إلى الجبل.
وحكى الماوردى عن أبى الطيب بن سلمة: أن قائل هذا اللفظ: إن كان من أهل العربية، لم يكن قذفًا، وإن كان ممن لا يعرفها، كان قذفًا؛ لأن العامى لا يفرق بين: زنأت وزنيت. اهـ.
فأما إذا قال لغيره: زنأت، ولم يقل: فى الجبل، ففيه ثلاثة أوجه:
أحدها: أنه يكون قذفًا بظاهره؛ لأنه لم يقترن به ما يدل على الصعود؛ فكان كما لو قال: «زنيت» بالياء؛ لأن ذوات الياء بهمز.
وعن الداركى: أن أبا أحمد الجرجانى نسبه إلى النص فى الجامع الكبير.
والثانى - وهو قول أبى الطيب بن سلمة -: إن كان هذا القائل عاميًّا، كان هذا القول قذفًا بظاهره؛ لأن العامى لا يفرق بين: زنيت وزنأت. وإن كان لغويًّا، لم يكن قذفًا بظاهره؛ لأن حقيقة هذا القول عنده الصعود؛ كما قلنا فيمن قال لامرأته: أنت طالق أن دخلت الدار، بفتح الهمزة.
والثالث: أنه لا يكون قذفًا إلا بالنية، وهو ما صححه المصنف فى التنبيه، ووافقه على تصحيحه القاضى الحسين، وكذا أبو الطيب والرافعى، ونسبه إلى القفال، قاله ابن الرفعة.
تنبيه: الذى ذكره المصنف هاهنا: أن فى قوله: «زنأت» دون ذكر الجبل - وجهين:
أحدهما: أنه قذف.
والثانى: ما ذكره عن أبى الطيب بن سلمة من التفريق بين اللغوى والعامى.
أما فى التنبيه، فقد قال المصنف: «وإن قال: زنأت، ولم يقل: فى الجبل - فقد قيل: يحد، وقيل: لا يحد إلا بالنية، وهو الأصح».
فاتفق كلام المصنف هاهنا وفى التنبيه على وجه، وذكر وجهًا ثانيًا فى التنبيه خلاف الوجه الثانى الذى ذكره هاهنا، ومن مجموع كلاميه تجىء الأوجه الثلاثة التى ذكرناها.
فرع: وإن قال: زنيت فى الجبل، من غير همز، وقال: أردت الصعود- ففيه ثلاثة أوجه حكاها الغزالى والشيخ أبو الفرج: =

وإن قال: زنأت فى البيت، فالأصح أنه قذف صريح، وقيل: إن كان فى البيت درج فكناية.

وإن قال الزوج لزوجته: يا زانية، فقالت مجيبة له: زنيت بك، أو أنت[١] أزنى منى - كان قاذفًا لها ولا تكون لجوابها هذا قاذفة إلا إذا نوت؛ إذ يحتمل أن يكون مرادها: ما وطئنى غيرك، فإن كنت زانيًا فى ذلك فأنا زانية، أو فإن كنت زانية بذلك فأنت أزنى منى لأنك المطالب لى به والملازم لى عليه.

فإن قيل: قولها: أنت أزنى منى يقتضى اعترافها بزنى هو أزنى منها فيه ؛ لأن أفعل التفضيل يقتضى الاشتراك فى أصل الفعل.

فالجواب: أن ما جرى من ذلك في معرض المنازعة لا يحمل على وضع اللسان كقول يوسف لإخوته: ﴿أَنتُمْ شَرٌّ مَّكَانًا﴾ [يوسف: ٧٧] بمعنى: أشر، وليس ذلك منه اعترافًا بالشر.

ولو جرى بين غير الزوجين ذلك قال البغوى: لم يكن الجواب كناية، بل إقرارًا فى الأولى وقاذفًا فى الثانية[٢]، وفيه احتمال.

وليس قوله: يا حلال وأما أنا فلست بزان، صريحًا فى القذف ولا كناية، بل تعريض، وكذلك ما أشبهه حتى لو قال: نويت به القذف، لم يكن قاذفًا[٣] على الصحيح؛ لأن اللفظ لا يحتمله.

وقوله: ثمانين جلدة ونصفها على ذى رق لكل وإن كرر، وسقط عن أصل وأربعة أحرار مسلمين شهدوا وردوا، لا ورابعهم زوج، وبعفو وإذن وطارئ زنى لا ردة وتقاضٍ لنفسه.

أى: حد قاذف مسلم جمع الأوصاف المذكورة ثمانين جلدة إن كان القاذف حرًّا، وإن كان عبدًا فنصفها أربعين جلدة لإجماع الخلفاء على ذلك، كما رواه عبد الله بن عامر ابن ربيعة[٤]، والمبعض كالعبد ولا يخفى اشتراط التكليف فى القاذف إذ لا يحد صبى ومجنون.

= **أحدها** - وهو أصحها - أنه قاذف، وقوله: فى الجبل، بيان المحل.
والثانى: لا يكون قذفًا بظاهره، ويكون قذفًا إن نواه، وروى هذا عن صاحب التلخيص.
والثالث: إن كان لا يعرف العربية، لا يكون قذفًا، وإن كان يعرف العربية، كان قذفًا.

(١) فى أ: وأنت.
(٢) فى ط: وقذفا فى الثانية.
(٣) فى ط: قذفا.
(٤) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٨٢٨).

ويعزر صبى ومجنون له نوع تمييز، ويحد الذمى والمعاهد، والحد ثمانون لكل واحد، حتى لو قذف جماعة بكلمة واحدة: كأنتم زناة أو يا زناة، حد لكل واحد ثمانين ولم يتداخل كالديون، [فإن كن زوجات أفردت كل واحدة بلعان لأنه يمين وأيمان أرباب الحقوق لا تتداخل][1] كما إذا ادعى عليه رجلان مالاً وأنكر يحلف لكل واحد يمينًا، لكن إذا تكرر منه القذف لواحد أو جماعة لم يجب لكل واحد إلا حد واحد، سواء كرر القذف بزنية واحدة أو ذكر زنا آخر، وسواء كان القذف الآخر قبل الحد أو بعده؛ لأنه لما حد فى حقه تبين كذبه عليه فلا يقع فى النفوس تصديقه، وأيضًا فقد ذهب عنه العار بحده مرة، لكن يعزر للإيذاء.

ويسقط حد القذف عن الوالد كما يسقط عنه القصاص، ويسقط أيضًا عن أربعة رجال أحرار مسلمين شهدوا عند الحاكم بزنى رجل فردت شهادتهم، لفسق أو عداوة على ما اختاره الشيخ أبو حامد، وقال الإمام والغزالى: إنه ظاهر المذهب، وفهمت منه أنهم لو كانوا نساء أو أرقاء أو ذميين أنهم يحدون؛ لأنه ليسوا من أهل الشهادة.

والفاسق إنما سقطت بفسقه الثابت بالظن، والحد يدرأ بالشبهة فلم يوجب عليهم رد شهادتهم بما ثبت بالظن حدا يدرأ بالشبهة، وفهمت منه أيضًا أنهم لو أتوا بصورة الشهادة لا عند الحاكم كانوا قذفة وحدوا.

وإنما يسقط عن الأربعة المردودين كلهم إذا لم يكن فيهم زوج، وإن كان أحد الشهود زوجًا للمقذوفة لم يسقط عنهم ولا عنه الحد، [بل لو كانوا عدولا وهو عدل وكان رابعهم لم تقبل شهادته للتهمة ولم يسقط عنهم الحد،][2] ويسقط الحد أيضًا بعفو المقذوف؛ لأنه حق له فسقط بعفوه كسائر الحقوق.

وكذلك يسقط بالإذن، فمن أذن لرجل أن يقذفه فقذفه لم يجب عليه حد، كما لو أذن له أن يقتله فقتله لا يلزمه قصاص؛ لأن المغلب فى حق القذف حق الآدمى، ويسقط أيضًا إذا زنى المقذوف بعد القذف، ولو قذف مسلمًا فارتد المقذوف لم يسقط الحد.

والفرق أن الزانى[3] يكتم، فإذا ظهر فالغالب أنه سبق مثله، بدليل قول عمر - رضى الله تعالى عنه - لزانٍ قدم ليحد فادعى أنه أول ما جرى، فقال له عمر: كذبت، إن الله لا يفضح عبده فى أول مرة. ولأن الركن الأعظم فى الإحصان العفة من الزنى، والمقصود

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: الزنا.

بالحد صيانة عرض المقذوف.

وإذا زنى وانتهك عرضه تعذرت صيانته واعتبار الإسلام طريقه طريق الشروط فلا يراعى إلا فى حال القذف.

وكذلك لو تقاضى المقذوف بيده فجلده القاذف ثمانين أو قذفه كما قذفه لم يسقط الحد بذلك، بل يستوفى لكل منهما حقه إن طالبا[١].

[وقوله فى الحاوى: «يوجب ثمانين جلدة» إلى قوله: «أو عفا المستحق» فيه أمور:

أحدها: أنه ذكر من أحوال القاذف الرق وأنه يجب عليه النصف.

وسكت عن الوالد إذا قذف ولده وقد بينا أن الحد يسقط عنه كالقصاص.

الثانى: قوله: يوجب الحد على القاذف لا إن شهد أربعة أحرار مسلمون، وسكت عن ذكر العدالة؛ فاقتضى أنه إذا شهد أربعة فساق سقط الحد عن القاذف؛ كما تسقط عن الشهود عند من يقول بذلك؛ ولذلك قال شراحه: والحق أن العفة لا تسقط بشهادة الفسقة وإن أسقطناه عن الشهود لكونهم أتوا به على صيغة الشهادة، وتم عددهم وإنما سقطت شهادتهم لأمر ثبت بالظن كما بيناه.

والحد يدرأ بالشبهة فسقط فى حقهم، وأما أنا نحكم بسقوط عفة المقذوف بذلك فلم يقل به الأصحاب.

الثالث: أنه أطلق ذكر الأربعة فدخل فيهم الزوج، والأصح أن شهادته لا تسمع وإن كان عدلًا؛ لأنه لا يسقط عنه الحد إلا بشهادة أربعة مقبولى الشهادة أو باللعان.

الرابع: قوله: «وإباحته»، لو قال: «أو أذن» كان أولى؛ لأنه قد يوهم أن الإباحة تبيح القذف، وليس كذلك][٢].

وقوله: ولقاذف تحليفه ما زنى، فإن نكل وحلف سقط حد ولم يثبت زنى، ويورث كمال ولا أثر لعفو بعض.

أى: وإذا وجب[٣] على القاذف الحد فقال: حلفوه[٤] إنه ما زنى قط، أجيب إلى ذلك على الأصح، سواء عجز عن إقامة البينة أم لا كما نبه عليه النووى وإن كان كلام الرافعى يفهم اشتراط العجز.

ونظيرها فى الدعاوى: ما إذا ادعى أنه يعلم فسق شهوده، أو كذبهم، وهو مطرد فى

(١) فى ط: طلبًا.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: أوجب.
(٤) فى ط: أحلفوه.

كل ما ليس بحق، ولكنه لو أقر به خصمه لنفعه، فإن حلف المقذوف أقيم الحد على القاذف، وإن نكل حلف القاذف وسقط عنه الحد، ولم يثبت بيمينه الحد على المقذوف؛ لأن حد الزنى حق لله تعالى وحقوق الله لا تثبت باليمين المردودة.

ثم الحد يورث كالمال، ولو قذف رجل رجلاً ومات المقذوف أو قذفه وهو ميت فلورثته المطالبة بالحد، وإنما قال: كالمال قطعًا بالصحيح أنه لجميع الورثة، وقيل: يختص به العصبة دون الزوجين.

والخلاف فى مشاركة الزوج فى طلب الحد بقذف الميت، مرتب على الخلاف فى طلبه إذا قذف فى حياته ثم مات لانقطاع الوصلة بالموت، فإن لم يكن للميت وارث خاص أقامه السلطان، ولو عفى بعض الورثة فالأصح أنه لا أثر لعفوه، فيطالب من بقى بكل الحد كالشفعة[1].

وقوله: وعزر لغير ولو سيدًا وبموت استوفى سيد ووارث مجنون.

أى: يحد قاذف المحصن بالزنى، ويعزر لغير ذلك من القذف لغير المحصن، وللإيذاء للمحصن وغيره من السب بما ليس قذفًا، كزنت يدك أو رجلك، وكالكنايات الخالية من نية القذف، وما لا يعد كناية من التعريضات.

ولو قذف السيد عبده فله رفعه إلى الحاكم ويعزره وليس لسيد العبد وولى المجنون المطالبة بالتعزير فى قذفهما، بل ذلك إلى العبد فى الحال، وإلى المجنون وتؤخر المطالبة إلى أن يفيق[2]؛ لأنه للتشفى، فإن ماتا فللسيد ووارث المجنون المطالبة حينئذ، وليس السيد وارثًا لعبده بل طلبه بالاختصاص؛ لأنه أولى به.

❊　❊　❊

---

(١) فى ط: للشفعة.

(٢) فى ط: يعتق.

اللعان[1]

وقوله: ولزوج قذف ولو بظن كرؤيتهما فى نكاحه تحت شعار أو خلوة مع استفاضة أو مرات ولكل نفى ولد، ووجب إن تيقن أو استبرأ بحيضة لا عزل ثم فعلت.

---

(١) اللعان فى اللغة: يقال: لعنه فهو لعين وملعون، والاسم: اللعان واللعانية واللعنة مفتوحات، واللعن: الطرد والبعد، ومنه: شأو لعين؛ أى: بعيد، قال الشماخ بن ضرار:

ذعرت به القطا ونفيت عنه مقام الذئب كالرجل اللعين

أى: الرجل البعيد، وكان وجه الكلام أن يقول: مقام الذئب اللعين كالرجل.

واللُّعْنة-بالضم-من يلعنه الناس، وكهُمَزة: من يلعنهم كثيرًا، واللعين والملعَّن: من يلعنه كل أحد، والتلعين: التعذيب، والْتَعَنا وتلاعنا ولاعنا ملاعنة ولعانًا: لعن بعضهم بعضًا.

ولاعن الحاكم بينهما لعانًا: حكم.

وأما اللعان اصطلاحًا.

فأولا- تعريف الشافعية:

اللعان عند الشافعية هو: كلمات مخصوصة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به.

قولهم: (كلمات مخصوصة) أى: التى تكون فى جانب المدعى، وهى أربعة، وهى أيمان على الصحيح، وليس لنا يمين تتعدد وتكون فى جانب المدعى إلا هذه والقسامة.

قولهم: (جعلت حجة)، بمعنى: أنها سبب دافع للحد عن المضطر.

قولهم (للمضطر)، أى: شأنه ذلك وله أن يلاعن؛ وإن كان معه بينة بزناها.

قولهم: (من لطخ)، (من) عبارة عن الزوجة، وراعى معناها فذكر الضمير.

قولهم: (فراشه) الفراش: هو الزوجة، ففيه إظهار فى مقام الإضمار، والضمير عائد على المضطر.

قولهم: (ألحق العار به) عطف مسبب على سبب، أو عطف تفسير، وفى «المصباح» لطخه بسوء: رماه به، ولطخ ثوبه بالمداد وغيره، لطخًا-من باب: نفع- والتشديد مبالغة: لوثه به، وتلطخ هو: تلوث.

وثانيًا- تعريف الحنفية:

اللعان عند الحنفية: هو شهادة مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن وبالغضب، وأنه فى جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفى جانب الزوجة قائم مقام حد الزنى.

والملاحظ فى تعريف الحنفية أنه يقرر أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان مقترنة باللعن، وهذه مسألةُ خلافٍ بين الفقهاء: هل اللعان يمين أو شهادة؟

ثالثًا- تعريف المالكية:

اللعان عند المالكية: هو حلف زوج على زنى زوجته، أو نفى حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه؛ إن أوجب نكولها حدها بحكم قاضٍ.

إن المتأمل فى العلاقة الزوجية يجد لها من الخصوصية والأهمية ما ليس لسائر العلاقات الأخرى؛ فالزوجية علاقة تبدأ بطرفين يئول بهما الأمر ليصبحا كيانًا واحدًا، و لا يتحقق ذلك إلا بأن يؤدى كل طرف من طرفى هذه العلاقة ما عليه من واجبات تجاه الطرف الآخر؛ فلابد للزوج من أن يؤدى واجباته تجاه أسرته وزوجته، وفى الوقت ذاته له من الحقوق ما لابد أن تعطيه إياها زوجته.

=

أى: ويجوز للزوج قذف زوجته إن تيقن زناها، وكذا إذا غلب على ظنه أنها زنت(١).

ولا يباح القذف لغير الزوج إلا بصيغة الشهادة فى مجلس الحكم، ويجوز للزوج وغيره أن يلاعن لنفى ولد ولو من وطء شبهة للضرورة.

وأبيح للزوج القذف وإن لم يكن ولد؛ لأنها إذا لطخت فراشه اشتد غضبه(٢)، وعظمت عداوته لها فاحتاج إلى التشفى والانتقام فأبيح له القذف، ولما كانت البينة تتعسر عليه شرع له اللعان للتخلص من الحد.

فإذا تيقن أنها زنت وهى فى نكاحه بأن رآها بعينه، أو ظن ذلك ظنًّا مؤكدًا بأن أخبره من يثق به ووقع فى نفسه تصديقه، أو رآها وإياه تحت شعار فى هيئة منكرة أو رآهما فى خلوة أو خارجًا عنها: إما مع استفاضة الفاحشة عنهما، وإما بتكرر رؤيته لهما فى الخلوة أو

= فإذا كان الأمر كذلك، فهل يستطيع الزوج إذا تيقن فساد فراشه، وزنا امرأته - أن يحسن معاشرتها؟ ! أو أن يقسط إليها؟ ! وهل يستطيع الزوج أن ينفق على مولود تأكد أنه ليس منه؟! وهل يتوقع أحد أن ينال هذا المولود أدنى رعاية من هذا الرجل المصاب فى عرضه وكرامته؟!.

إن العقل - بلا تردد- يجيب بالنفى عن كل تلك الأسئلة، بل إنه ليتصور لاستمرار علاقة من هذا النوع فسادا أى فساد!! وخطرا أى خطر!!

لذا فإن العقل يحتم أن يكون هناك وسيلة للخلاص من هذه العلاقة المدمرة، وقد كان اللعان هو تلك الوسيلة المبتغاة للتفريق بين الزوجين؛ إذا ما حصل عند الزوج يقين بزنا امرأته وإفسادها لفراشه، وكفى بذلك دليلا عقليا على مشروعية اللعان.

فقد أجمع من يعتد برأيه -منذ عهد الصحابة إلى عصرنا الحاضر- على مشروعية اللعان كوسيلة لخلاص الزوج من زوجته الزانية، ولانتفائه من نسب مولود ينسب إليه بهتانا وزورا، نقل الإجماعَ عليه الكثيرُ من العلماء: كالإمام النووى فى شرحه لصحيح الإمام مسلم بن الحجاج، وكذلك نقله ابن رشد فى البداية.

(١) إذا لم يكن سبب من هذا، ولا قامت بينة على زنا المرأة - فإنه يحرم على الرجل قذف زوجته؛ لقوله - عز وجل-: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]، وقوله تعالى -: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣]، وقوله - سبحانه وتعالى - فى قصة الإفك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ لَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُبِينٌ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ الآيات [النور: ١١-١٣].

وإن وجد الرجل عند زوجته رجلًا، ولم يشتهر عن ذلك الرجل أنه يزنى بتلك المرأة - حرم على الزوج قذف الزوجة فى هذه الحالة؛ لأنه يجوز أن يكون قد وُجِدَ عندها لحاجة ما، أو دخل عندها هربا من عدو أو نحوه، أو يكون قد دخل إليها يبتغى الزنا بها بالفعل، لكنها لم تجبه إلى مراده؛ فأصبح بذلك أمر الزنا أمرًا محتملًا؛ فلا يجوز القذف حينئذ.

وكذلك إن أتاه خبر زناها ممن لا يوثق بقوله؛ فإنه يحرم عليه قذفها - أيضا- بخلاف ما لو أخبره بذلك ثقة؛ إذ خبر الثقة يغلب على الظن صدقه، أما غير الثقة فلا.

(٢) فى أ: غيظه.

خروجه عنها فإنه يباح له بذلك أن يقذفها أو يلاعن[(١)].

والأولى له أن يستر ويطلقها، ويجب عليه نفى ولد تيقن أنه ليس منه، وكذا إذا غلب على ظنه سواء كان الزنى فى نكاحه أم لا، ويعلم ذلك يقينًا بأن لا يطأها فى نكاحه أو وطئها وأتت به لدون ستة أشهر أو لأكثر من أربع سنين من الوطء.

وبغلبة الظن بأن يستبرئها بحيضة ثم يراها تزنى بعد ذلك، أو يرى المخيلة المغلبة للظن وأتت بالولد بعد ستة أشهر؛ لأن الاستبراء أمارة ظاهرة وقد تأكدت بزناها بعدها.

قال الرافعى: وتحسب المدة من وقت الاستبراء تبعًا للإمام والقاضى حسين والبغوى والمتولى، وصحح النووى ما قاله المحاملى وصاحب المهذب وآخرون أن الاعتبار من وقت الزنى.

---

(١) الظن القوى المبنى على القرائن والأدلة يلحق بالعلم اليقينى - الذى يسوغ للزوج قذف زوجته، وما يترتب عليه من آثار، وقد خالف المالكية فى ذلك، ومعهم الإمامية والإباضية؛ فذهبوا إلى اشتراط رؤية الزنا أو تيقنه عن طريق الاستبراء؛ حتى يتمكن الزوج من قذف زوجته ولعانها.

فقد جاء فى المدونة: قال ابن وهب: أخبرنى عبد الله بن عمر أنه سأل عبد الرحمن: ما يوجب اللعان بين المرأة وزوجها؟ قال: لا يجب اللعان إلا بين رؤية أو استبراء.

ورووا - أيضا- أن الليث روى عن يحيى بن سعيد أنه قال: التلاعن بين الزوجين لا يكون إلا بإنكار الولد، فإنه يقول -إن شاء-: ما وطئتها منذ كذا وكذا، أو يقول: رأيت معها رجلا؛ ففى ذلك: التلاعن. ورووا فى هذا حديثا عن ابن عباس -بالسند المتصل- أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلانى وامرأته، وكانت حبلى، وقال زوجها: والله ما قربتها منذ عفرنا النخل، فقال رسول الله ﷺ: «اللَّهُمَّ بَيِّنْ»؛ فجاءت بغلام أسود، وكان الذى رميت به ابن السحماء.

وقالوا بعد هذه الروايات: إذا نفى الحمل أو الولد وجب أن يدعى استبراء أو رؤية، وإن قال: هى زانية، ولم أر معها رجلا - جُلِدَ حد القذف.

وهذا الذى ذهبوا إليه يمكن أن يرد عليه بأن العبرة فى جواز قذف الزوج زوجته هو حصول العلم اليقينى عنده بزناها، ويلحق به -أيضا- غلبة الظن المبنى على القرائن والأدلة، وذلك يحصل بطرق عدة: كإخبار ثقة، أو رؤية رجل عندها استفاض بين الناس زناه بها، أو حصول حمل مع عدم وجود اتصال بين الزوجين . . . إلخ؛ فلا يقتصر الأمر -إذن- على رؤية الزوج لزوجته حال الزنا، وهذا هو الأليق والأظهر فى العقل؛ وإلا: فإن اشترطنا الرؤية، فماذا يصنع الأعمى إذا ما ابتلى بزوجة زانية؟ ! هل نعطى لزوجته سندا أن تزنى كيف شاءت، ونجعله مكتوف الأيدى واللسان لا يستطيع أن يتفوه بكلمة؛ لأنه أعمى لم ير الزوجة تزنى، فإن تكلم جلدناه؟ ! أم نبيح له قذف زوجته ولعانها إذا ما حصل له العلم بزناها من أى طريق أخرى موثوق بها؟ !

أن العقل لا يقبل إلا ثانى الأمرين، ويؤيده أن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ الآيات [النور: ٦: ٩] - عام فى البصير والأعمى؛ فجاز للأعمى قذف زوجته ولعانها كما جاز للبصير، واشتراط الرؤية يعطل هذا.

وأما ما استدلوا به من الحديث، فإنه ليس فيه دليل لما ذهبوا إليه؛ إذ ليس فى الحديث أن الرسول ﷺ أجاز للعجلانى قذف زوجته ولعانها لقوله فيها «ما قربتها منذ عفرنا النخل»؛ حتى يجعل قوله هذا شرطا فى جواز القذف؛ بدليل قوله ﷺ: «اللَّهُمَّ بَيِّنْ»

وقال بعضهم: لعل هذا على اختلاف حالين:

فالرافعى ومن تبعه قالوا ذلك فيما إذا تقدمت الاستفاضة.

والآخرون قالوا: ذلك إذا لم تتقدم.

قلت: وهذا غير مستقيم؛ فإن الحيضة قد دلت على براءة الرحم فى الظاهر وإنما الاعتبار بما بعدها، ولو كان يطأ ويعزل عنها لم يكن له أن ينفى الولد اعتمادًا على العزل؛ فإن الماء قد يسبقه[1] ولا يشعر به.

[وقوله فى الحاوى: «ويباح للزوج أن ينفيه فى نكاحه أو ظن باستفاضة مع مخيلة كالرؤية معه فى خلوة وتحت شعار، ومرات كثيرة، ونفى الولد إن تيقن، كأن استبرأ بحيضة بمخيلة لا إن عزل» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وتحت شعار»، لا يقع فى نفس السامع إلا أنه معطوف على قوله: «فى خلوة» ؛ فإن تعلقهما بالرؤية مضطرة إلى ذلك، فيلزم منه اشتراط الاستفاضة مع الرؤية تحت الشعار والمرات الكثيرة، وليس كذلك، بل رؤيتهما تحت شعار مرة كالاستفاضة مع الرؤية فى الخلوة، وكالرؤية فى الخلوة مرات، كل واحدة من هذه توجب غلبة الظن وحدها.

الثانى: قوله: «ونفى الولد» عطفه على الضمير فى قوله: «ويباح»، وهو القذف، ونفى الولد والحالة هذه واجب.

الثالث: قوله: «إن تيقن كأن استبرأ بحيضة».

لو قال: أو استبرأ بحيضة، كان أخصر وأوضح؛ لأن الاستبراء بحيضة لا يوجب اليقين بل غلبه الظن.

فإن قيل: تنظير، قلنا: بعكس قوله: كالحدث الخبث، حيث أدخل الكاف على المقطوع به وهنا أدخلها على المختلف فيه.

الرابع: قوله: بمخيلة، أطلق المخيلة وشرطها أن تكون بعد الاستبراء، ولفظه لا يعطى ذلك وهو وجه، والأصح خلافه][2].

وقوله: ولا عن مكلف أربعًا وِلَاءً: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيه، والخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وينفى الولد لكل وترجمتها بترجمانين، ثم المرأة: إنه لمن الكاذبين، وتبدل اللعنة الغضب.

أى: وللزوج قذف زوجته وعليه نفى ولد علم أنه ليس منه، ويلاعن بكل منهما إذا انفرد[3]، وإذا اجتمعا كفاه لهما لعان واحد حتى يسقط الحد فى القذف وينتفى الولد المنفى.

---

(١) فى ط: قد سبق.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة أجنبية منه محصنة - وجب عليه حد القذف، وحكم بفسقه، =

وكلمات اللعان خمس: أن يقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى، ويشير إليها إن كانت حاضرة، وإن كانت غائبة سماها ورفع فى نسبها حتى تميز، ثم يقول فى الخامسة: إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويرد الضمير إلى نفسه فيقول: علىّ.

= وردت شهادته. فإن أقام القاذف بينة على زنا المقذوف، سقط عنه الحد، وزال التفسيق، وقبلت شهادته، ووجب على المقذوف حد الزنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤].

فإن قذف الرجل امرأته وجب عليه حد القذف: إن كانت محصنة، والتعزير: إن كانت غير محصنة وحكم بفسقه، فإن طولب بالحد أو التعزير فله أن يسقط ذلك عن نفسه بإقامة البينة على الزنا، وله أن يسقط ذلك باللعان؛ فإن لاعن وإلا أقيم عليه الحد أو التعزير، هذا مذهبنا وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: إذا قذف الرجل امرأته لم يجب عليه الحد بقذفها؛ وإنما يجب عليه اللعان؛ فإن لاعن وإلا حبس حتى يلاعن.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ الآية [النور: ٤]، وهذا عام فى الأزواج وغير الأزواج، وخص الأزواج بأن جعل لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾ الآية [النور: ٦].

وروى ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء؛ فقال له النبى ﷺ: «الْبَيِّنَةَ أَوْ حَدٌّ فِى ظَهْرِكَ» فقال: يارسول الله، والله إنى لصادق ولينزلن الله فى أمرى ما يبرئ به ظهرى من الحد؛ فأنزل الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ﴾ الآية [النور: ٦]؛ فدعاه النبى ﷺ فقال: «أَبْشِرْ يَا هِلَالُ؛ فَقَدْ جَعَلَ الله لَكَ فَرَجًا وَمَخْرَجًا»، قال: قد كنت أرجو ذلك من ربى.

وروى سهل بن سعد الساعدى أن عويمرا العجلانى أتى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلا لو وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه؟ ! أم كيف يفعل؟ «قَدْ أَنْزَلَ الله فِيكَ وَفِى صَاحِبَتِكَ، اذْهَبْ فَأْتِ بِهَا؛ فَأَتَى بِهَا، فَتَلَاعَنَا»؛ فيكون المعنى: قد أنزل الله فيك وفى صاحبتك، أى: ما أنزل الله فى هلال بن أمية وامرأته؛ لأنها عامة، ويجوز أن تكون الآية نزلت فى الجميع، والمشهور هو الأول.

وإنما خص الأزواج باللعان بقذف الزوجات؛ لأن الأجنبى لا حاجة به إلى القذف؛ فغلظ عليه ولم يقبل منه فى إسقاط الحد عنه إلا بالبينة. وإذا زنت الزوجة فقد أفسدت على الزوج فراشه وخانته فيما ائتمنها عليه، وألحقته من الغيظ ما لا يلحق بالأجنبى، وربما ألحقت به نسبًا ليس منه؛ فاحتاج إلى قذفها لنفى ذلك النسب عنه.

ومن الحرج أن نكلفه البينة على ذلك، لاسيما وإن وضعنا فى اعتبارنا أن أمر الزنا ليس من الأمور التى يسهل توافر الشهود عليها؛ حيث يحتاط الزناة لجريمتهم، فيتخفون بأقصى ما يمكن الخفاء، ويأخذون حذرهم من كل متوقع أو غير متوقع؛ فلو أنا كلفنا من اكتشف زنا زوجته البينة لما ثبت لرجل على امرأة لعان قط، ولعل هذا هو ما دار بذهن سعد بن عبادة حين يصرخ مستفهما: أرأيت لو أنى وجدت لكاعا قد تفخذها رجل: أأتركه يقضى حاجته، حتى آتى بالبينة؛ فأراه قد ذهب ؟ !

ولعل لقائل أن يقول: فليسكت الزوج ولا يقذف؛ كما يجب على الأجنبى السكوت وعدم القذف إن لم تكتمل البينة - فنقول له: هيهات قياس الأزواج على الأجانب؛ فمن ذا الذى يقبل أن يعاشر خائنة مرغت شرفه ودنست عرضه؟ ! أمن هذا الذى يقبل أن ينتسب إليه ولد هو يعلم =

ولا بد من الموالاة فى هذه الكلمات، فإن طال فصل لم يعتد بما مضى، وإن كان هناك ولد ذكره فى لعانه فيقول: وإن هذا الولد من زنًى وليس منى، ولو قال: من زنى، واقتصر عليه كفاه على الأصح.

ولو اقتصر على أن هذا الولد ليس منى لم يكف ذلك؛ لاحتمال أنه أراد: ليس منى فى خَلْقٍ ولا خُلُق[١].

ولو بان أنه أغفل ذكر الولد فى مرة ولاعنت بعده المرأة أعاد اللعان لنفيه، ولا تعيده المرأة على المذهب، ولا يحتاج إلى ذكر الولد فى لعانها. وتقول المرأة فى لعانها: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى، ثم تقول فى الخامسة: وعليها غضب الله إن كان من الصادقين، وترد الضمير إلى نفسها وتوالى كالرجل، فإن كان أعجميًا لا يحسن العربية ترجم بلسانه، وكذا إن كان يحسنها فله أن يترجم على الأصح.

فإن كان القاضى يعرف لغته فلا حاجة إلى مترجم.

ويستحب أن يحضرها أربعة ممن يحسنها، وإن كان لا يعرفها فلا بد من مترجمَيْنِ ويجزيان عنه على المذهب وعن المرأة قطعًا.

وقوله فى الحاوى: «باللعان» إلى قوله: «والمرأة»، فيه أمران:

أحدهما: قوله: «باللعان»، معناه: ويباح له القذف ونفى الولد باللعان فسوى[٢] بينهما، والقذف يباح وإن لم يلاعن والنفى لا يحصل إلَّا باللعان والحكمان مختلفان.

والثانى: قوله: «والمرأة» الواو ليست للترتيب[٣]، ولعان المرأة لا يكون إلا بعد لعان الزوج؛ لأنه يدرأ الحد الواجب عليها بلعانه، وقد نصوا على اشتراط الترتيب.

وقوله: وإن خرس ورجى أمهل ثلاثة، وندب تغليظ على غير زنديق بجمع عصر جمعة أو عصرًا عند منبر الجامع، وعليه بطيبة وبابه لحائض مسلمة، وبين الركن والمقام وعند الصخرة، وكنيسة وبيعة وبيت نار لأهلها لا صنم.

= أنه ليس منه بل من زنا وفجور؟ ! إذن فالأمر على الأزواج أشد وطأة وأكثر حرجا؛ فخفف عنهم بأن جعل لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة.

فإن قدر الزوج على البينة واللعان فله أن يسقط الحد عن نفسه بأيهما شاء.

وقال بعض الناس: ليس له أن يلاعن.

دليلنا: أنهما بينتان فى إثبات حق؛ فجاز له إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى؛ كالرجلين، والرجل والمرأتين فى المال

(١) فى ط: وخُلُق.

(٢) فى ط: فيستوى.

(٣) فى ط: لسبب الترتيب.

أى: إذا قذف وهو ناطق ثم خرس واعتقل لسانه لمرض أو غيره وعجز عن اللعان، فإن كان مرجو الزوال أمهل ثلاثة أيام لا غير.

فإن لم يزل أو كان غير مرجو الزوال لاعن بالإشارة، ويصح لعان الأخرس بالإشارة المفهمة كما يصح منه اليمين.

وإنما لم تصح منه الشهادة؛ لأن الشهادة يقوم بها غيره ممن ينطق، واليمين متعينة عليه لا يقوم بها غيره فقبلت منه الإشارة فيها[١] للضرورة.

ويستحب للحاكم أن يغلظ فى اللعان، وهذا التغليظ مستحب وقيل واجب، وهو بالجمع بالزمان والمكان إلا إذا كان الملاعن زنديقًا لا يعتقد دينًا ولا يعظم بقعة ولا زمانًا، فإنه لا يغلظ عليه على المنصوص وقول الأكثرين.

فالتغليظ بالزمان: أن يؤخر اللعان إلى بعد صلاة العصر، فإن لم يكن الطلب حاثًّا أخر إلى عصر الجمعة؛ لأن اليمين الكاذبة حينئذٍ أغلظ، قال ﷺ: «ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم: رجل حلف يمينًا على مال مسلم فاقتطعه، ورجل حلف بعد صلاة العصر لقد أعطى على سلعته أكثر مما أعطى وهو كاذب، ورجل منع فضل الماء»[٢].

والتغليظ بالمكان فى سائر[٣] البلاد فى الجامع عند المنبر وفى مدينة النبى ﷺ على المنبر لما روى، أنه ﷺ لاعن بين العجلانى وامرأته فوق المنبر[٤]. ويلاعن فى مكة بين الركن والمقام، وفى بيت المقدس عند الصخرة، ويلاعن بين أهل الذمة فى مواضعهم التى يعظمونها كالكنيسة للنصارى والبيعة لليهود، فيأتيهم الحاكم أو نائبه، وكذا بيت النار فى لعان المجوسى تعظيمًا للواقعة على صاحبها.

ولا يأتى بيت الأصنام فى لعان عبدتها؛ إذ لا أصل لاعتقادهم؛ بخلاف المجوس فإن لهم شبهة كتاب أقررناهم لأجله، فراعينا اعتقادهم لذلك.

فإذا دخل عبدة الأصنام بأمان أو عقد هدنة وترافعوا إلينا لاعن الحاكم بينهم فى مجلس حكمه.

---

(١) فى أ: فيهما.

(٢) أخرجه البخارى (١٣/ ٤٣٣) كتاب التوحيد باب قول الله تعالى ﴿وجوه يومئذ ناضرة...﴾، (٧٤٤٦) ومسلم (١/ ١٠٣) كتاب الإيمان باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار (١٧٣/ ١٠٨).

(٣) فى أ: وسائر.

(٤) أخرجه البخارى (١٠/) كتاب الطلاق، باب التلاعن فى المسجد (٥٣٠٩) ومسلم (٢/ ١١٢٩) كتاب اللعان (١/ ١٤٩٢).

والحائض إذا كانت مسلمة تلاعن على باب المسجد فيخرج إليها الحاكم أو نائبه، والمشرك والمشركة لا يمنعان من دخول المسجد ولو كان جنبًا وهى حائضة لأنهما لا يؤاخذان بتفاصيل الأحكام.

والتغليظ بالجمع هو أن يحضر اللعان جماعة من الصلحاء والأعيان وأقلهم أربعة.

[وقوله فى الحاوى: «والأولى أن يغلظ ولو زنديقًا» إلى قوله: «وبين المنبر والمدفن» فيه أمور: أحدها: قوله: «والأولى» يوهم أن الاستحباب غير مؤكد، وهو مؤكد، وقيل: واجب.

الثانى: قوله: «ولو زنديقًا» وجه مرجوح، والأصح عند الأكثرين المنصوص أنه لا يغلظ عليه بل يغلظ عليه بل يلاعن فى مجلس الحكم؛ لأنه لا يعظم زمانًا ولا مكانًا، كذا هو فى العزيز والروضة.

الثالث: قوله: «وعند المقام بمكة» عبارة «العزيز» و«الروضة»: بين الركن والمقام»، وقد يقال: بين المقام والبيت، وهما متقاربان.

الرابع: قوله: وبين المنبر والمدفن، هذه عبارة الغزالى.

وقال الرافعى: وهذا لا يستمر على قولنا: إنه يصعد المنبر، والأصح أنه يصعد.

الخامس: أنه أهمل التغليظ بالجمع وهو مؤكد للتعظيم والتهويل.

قال القونوى: وكأنه استغنى بما يذكره فى القضاء، لأن مجلس الحكم ينبغى أن يحضره الفقهاء.

قلت: والحق أن ذلك لا يغنى؛ لأن ذلك مستحب لأجل القاضى يختص بحضرة الفقهاء، وهذا لأجل اللعان فلا يختص بالفقهاء.

السادس: أنه أطلق الحائض، وإنما يلاعن على باب المسجد إذا كانت مسلمة. وأما الكافرة فلا تمنع من الدخول، وإذا كان الزوج مسلمًا ورضى لعانها فى المسجد جاز وإلا ففى الكنيسة][1].

وقوله: بقاض يخوفهما بالله وبالغ فى الخامسة وقال: إنها موجبة، وأمر بوضع يد على الفم.

أى: إنما يصح اللعان بالقاضى يأمره فيقول: أشهد بالله إنى لمن الصادقين . . . إلى آخره. ولم يتعرض فى الحاوى لجعل القاضى شرطًا فى صحة اللعان.

ويستحب أن يخوفهما ويعظهما ويقول: إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ويقرأ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا . . .﴾ الآية [آل عمران: ٧٧].

وإذا فرغ من الأربع[2] وانتهى إلى الخامسة بالغ القاضى فى تخويفه وأمر رجلًا أن يضع

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: الرابعة.

يده على فيه لعله ينزجر ويرتدع ويقول له: اتق الله فإنها موجبة، أى توجب اللعنة.

وكذلك يأمر امرأة أن تضع يدها على فيها.

وأن يكون اللعان عن قيام[(١)] يلاعن قائمًا وهى قاعدة، فإذا أمرت باللعان قامت لإظهار أمرها للناس.

وقوله: لنفى نسب ممكن وإن مات، وحد لا بملك واحتمال من ملك وزوجية وأحد توءمين، وشرط فورًا لا بحمل لم يقل: عرفته، ولحق منفى باستلحاق كأمين جواب متعت بولدك لا بجزيت خيرًا وسمعت ما يسرك.

أى: لاعن مكلف بقاض لنفى نسب كما وصف، ولعقوبة قذف كما سيأتى فحيث لا ولد ولا عقوبة قذف فلا لعان.

واللعان يمين فيه شَوْب شهادة، أما كونه يمينًا فلقوله ﷺ لهلال بن أمية: «احلف بالله إنك لصادق»، ولما أتت المرأة بالولد على النعت المكروه قال ﷺ: «لولا الأيمان لكان لى ولها شأن»[(٢)].

ولأن اللعان يصح من الفاسق والأعمى ولو كان شهادة لما صح منهما، ولأن الملاعن يدرأ بلعَانِه الحد عن نفسه وشهادته لنفسه غير مقبولة فكان يمينًا.

وأما كونه فيه شوب الشهادة فلأنه يثبت به حد الزنى كالبينة ؛ لأن من نكل عنه ثم أراده مكن منه بخلاف اليمين.

ولا يلاعن إلا لنفى نسب يمكن إلحاقه به.

فإن أتت به لستة أشهر من العقد بلا زيادة لم يلحقه؛ لأنه لا بد من فرض زيادة تسع الوطء، وكذا من غاب غيبة بعيدة لا يمكن اجتماعهما فيها للبعد كمشرقى تزوج مغربية فأتت بولد لستة أشهر فأكثر، أو بأن تقوم بينة برؤية كل منهما فى البلدة التى هو بها بحيث لا تتصل مدة تسع رحلة أحدهما إلى الآخر فإنه ينتفى عنه بلا لعان.

وينتفى عن الصغير بلا لعان، والأصح أن إحباله ممكن لكمال تسع سنين، فإذا أتت بعدها بولد لستة أشهر وساعة تسع الوطء والولادة لم ينتف عنه إلا باللعان.

وينتفى بلا لعان عن ممسوح الذكر والأنثيين لا إحداهما[(٣)]، ولا التفات لقولهم: إن مسلوب الخصية اليمنى لا يحبل، ونحو ذلك.

ولو قطع الذكر وبقى قدر الحشفة لحقه الولد. ويصح نفى الحمل قبل الانفصال؛ لأن

---

(١) فى ط: من قيام.

(٢) أخرجه البخارى (١٠/٥٥٨) كتاب الطلاق باب يبدأ الرجل بالتلاعن (٥٣٠٧) عن ابن عباس.
وأخرجه مسلم (٢/١١٣٤) كتاب اللعان (١١/١٤٩٦) عن أنس بن مالك.

(٣) فى ط: إحداهما.

هلال بن أمية لاعن لنفى الحمل؛ ولأنه قد يموت قبل وضعه فيلحقه. وله نفى الولد وإن مات؛ لأن النسب لا ينقطع بالموت؛ لأنه يقال: مات ابن فلان وهذا قبر ابن فلان، ولأن الملاعن قد يغيب فيكبر الولد ويُولِدُ ويموت فينفيه ميتًا لينتفى عنه أولاده.

ولو امتنع القاذف من اللعان فحد حد القذف وكان هناك ولد فأراد أن يلاعن لنفيه جاز أن يلاعن بعد الحد، فإن لم يكن نسب فلا إذ لا فائدة.

وإنما يلاعن إذا لم يكن الولد من أمته، فإن كان منها لم يلاعن بل يكفيه ذلك فيه أن يدعى الاستبراء وينتفى عنه بلا لعان، وإن احتمل كونه من الملك والزوجية لم يلاعن لنفيه.

وصورة ذلك أن يشترى الرجل زوجته المدخول بها، ثم يطؤها وتأتى بولد يمكن أن تكون علقت به بعد الملك ويمكن أن تكون علقت به بالزوجية، فيغلب فراش الملك ويمتنع اللعان لانقطاع فراش الزوجية بحدوث فراش الملك من غير استبراء على الأصح.

كما إذا طلقت المرأة فاعتدت ثم تزوجت، وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من نكاح الثانى وأقل من أربع سنين من نكاح الأول، فإنه للثانى وإن أمكن كونه من الأول؛ لانقطاع فراشه وتجدد فراش الثانى.

ولا يلاعن لنفى أحد التوءمين، بل إن أراد نفى أحدهما وتأخير نفى الآخر مع العلم بولادتهما لحقاه جميعًا، ولو نفاهما ثم استلحق أحدهما فإنهما يلحقانه جميعًا.

ويشترط أن يكون نفى الولد على الفور فيسقط بالتأخير بلا عذر كالرد بالعيب والشفعة، فإن كان عذر كالمرض والتمريض والحبس والاشتغال بالصلاة لم يسقط كالشفعة.

فإذا قدر المحبوس والمريض ونحوهما على الإرسال للحاكم ليبعث عليه نائبًا يلاعن عنده فلم يفعل بطل حقه.

وإن لم يقدر على ذلك وقدر على الإشهاد؛ لزمه أن يشهد أنه مطالب باللعان للنفى(١)، وإلا بطل حقه.

وإن ادعى عدم العلم بالولادة فالقول قوله إن احتمل صدقه.

وإن قال: لم أصدق المخبر، فإن كن فاسقًا أو صبيًا صدق بيمينه، وإن كان ثقة ولو عبدًا أو امرأة لم يقبل قوله.

نعم إن كان المنفى حملاً فلا تلزمه المبادرة؛ لأنه قد يكون ريحًا فينفش، فإن قال:

---

(١) في أ: المنفى.

عرفت أنه حمل ولكن رجوت أن تجهض ولا يهتك ستره، بطل حقه؛ لأنه أخر مع العلم والقدرة.

فلو نفى الولد باللعان ثم استلحقه بعد ذلك لحقه، [ولو كان الاستلحاق بعد ذلك لحقه،][1] وإن[2] كان بعد الاستلحاق بعد موت الولد؛ لأن النسب يحتاط له ويرثه فإن كان قد قسم ميراثه يتبع بالبعض[3].

والاستلحاق صريح وضمنى، فالصريح لا يخفى، والضمنى كقوله: آمين، لمن قال مهنئًا: متعك الله بولدك؛ لأنه يتضمن الإقرار به، فإن كان هذا الاستلحاق فى الضمنى بعد اللعان لحقه، وإن كان قبله امتنع نفيه، بخلاف ما لو قال: جزاك الله خيرًا أو رزقك الله مثله وأسمعك ما يسرك؛ لأن الظاهر قصده مكافأة الدعاء بمثله.

وقوله: ولاعن لعقوبة قذف قبل بينونة بزنًى فى نكاحه وكذا بشبهة لا بمعين وثم ولد، أو ادعاه بوطء ثبت ببينة ثم ألحق به إن طالبته ولو بعد جحد قذف وامتناع بعددهن، لا إن ظهر صدقه أو كذبه.

أى: يلاعن لنفى النسب كما تقدم ولنفى عقوبة قذف غير البائن، وإنما قال: عقوبة؛ ليدخل فيه قاذف المحصنة بالزنى فإنه يجب عليه الحد، وقاذفها بوطء الشبهة فإنه يجب عليه التعزير.

وكذلك إذا قذف[4] الصغيرة التى يوطأ مثلها ويعزر فيلاعن الزوج لإسقاط هذا الحد والتعزير بشرط أن تكون المقذوفة غير بائن.

فإذا قذف رجعية لاعنها كما يلاعن الزوجة، وسواء كان اللعان قبل البينونة أو بعدها.

ولا لعان فى عدة[5] البائن؛ لأن اللعان إنما شرع للضرورة إلى القذف ولا ضرورة إلى قذفها وهى أجنبية.

ويدخل فى قوله: «بزنى» ما إذا قذفها بشبهة من الواطئ لا منها؛ فإنه وإن اعترف الواطئ وادعى الولد وعرض على القافة وألحقته به[6] فإن لها مطالبة الزوج بالحد؛ لكونه قذفها بالزنى فله اللعان لإسقاطه على الصحيح.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: ولو.
(٣) فى ط: بالنقض.
(٤) فى أ: قاذف.
(٥) فى ط: قذف.
(٦) فى أ: القاذفة وألحقها به.

ويدخل فى قوله: بشبهة، ما إذا كانت الشبهة من جانبها أو من الجانبين ولم يعين الواطئ، وما إذا عينه وأنكر الواطئ وما إذا اعترف الزوج ولم يدع الشبهة فيما إذا لم يصف الزوج وطأه بالشبهة، وما إذا ادعاها ولم يكن ولد وما إذا كان ولد ولم يلحقه - فإنه يلاعن فى هذه الأحوال كلها ويسقط عنه حد القذف، ولا ينتفى الولد بغير لعان إلا إذا قذفها بوطء شبهة عين الواطئ فيها واعترف الواطئ به، وكان هناك ولد يمكن لحوقه به، وثبت وطؤه ببينة لا بتصادقهما ولحق به إما بالقائف أو بانتساب الولد إليه عند تعذر القائف.

وإنما اشترط إثبات الواطئ بالشبهة الوطء بالبينة لحق الولد كما هو مذكور فى باب ما يلحق من النسب فى «الروضة» وغيرها، وإن ألحقه بالزوج أو انتسب إليه الولد بعد البلوغ لاعن لنفيه، فيقول: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من وطء الشبهة، وينفى الولد، وإنما يحتاج[1] إلى اللعان لدفع التعزير إذا ثبت النسب من الواطئ؛ لأنه بان صدقه من حيث إن ثبوت النسب يتضمن ثبوت وطء الشبهة فكيف يلاعن وقد ثبت صدقه.

هذه طريقة العراقيين، وكلامه فى «العزيز» و«الروضة» بخلافه، وسيأتى الكلام عليه.

وإذا ثبتت العقوبة على الزوج فلا يلاعن لنفيها إلا إذا طالبته المرأة، وإذا قذف الزوج امرأته فطالبت بحد القذف فأنكر القذف فأقامت عليه بينة نظرت فإن أنشأ قذفًا آخر لاعن له وتداخلا كما سبق بيانه.

وكذا إن لم ينشئ قذفًا آخر ولا ذكر لجحوده تأويلاً على الأصح لاحتمال أن لجحوده تأويلاً، وهذا إذا جحد تأويلاً، وهذا إذا جحد القذف وحده، وأما إذا جحد زناه فإنه يحد ولا تسمع بينته[2] بعد ذلك أنها زنت ولا يقبل لعانه.

ولو امتنع من اللعان ثم أراد اللعان مكن منه ولو كان فى أثناء الحد ويسقط عنه باقيه؛ بناء على أن اللعان يمين عندنا ولكن ألحق بالبينة فى هذا الحكم لمشابهته إياها من حيث إن الزوج يأتى به من غير أن يطلب منه كالبينة.

وإذا لاعن كان لعانه بعدد النسوة اللاتى قذفهن ولو بكلمة واحدة؛ لما سبق بيانه من تعدد الحد بتعدد المقذوف، وإذا ظهر كذب الزوج القاذف كما إذا قذفها وهى صغيرة لا تحتمل الوطء، أو قذفها بابن شهر، أو بممسوح، أو قال لرتقاء: زنيت، فلا حد عليه ولا

(١) فى ط: وإنما لا يحتاج.
(٢) فى ط: بيِّنة

لعان بل يعزر للإيذاء، وكذلك لا يعاقب إذا بان صدقه كما إذا قال: زنيت، وأقام بينة على زناها أو اعترفت.

[وقوله فى الحاوى: «وعقوبة قذف غير البائنة» إلى قوله: «لا حيث كاذب أو صادق قطعًا» فيه أمور:

أحدها: قوله: بوطء بلا حل وشبهة من الجانبين، هذه صفة الوطء الحرام؛ لأنه الوطء الخالى من الحل والشبهة، ولأنه إنما قال: «عقوبة» ليشمل ما يوجب الحد من الوطء الحرام، والتعزير من وطء الشبهة.

الثانى: أن مقتضى كلامه أنه إذا قذفها بشبهة من الجانبين وكان هناك ولد يمكن أن يكون منه، أن اللعان يتعذر على كل حال سواء ألحق بالزوج أم لا، وهو موافق لكلام العزيز والروضة فيما إذا ألحقه القائف بالزوج فيما إذا انتسب الولد إليه، وكلام العزيز والروضة مشكل من حيث إنه قال: إن ألحقه القائف بالوطء لحقه ولا لعان، وإلا فيلحق الزوج وليس له نفيه باللعان، فدخل فيه ما إذا ألحقه بالزوج وما إذا نفاه عنهما وما إذا ألحقه بهما وما إذا أشكل عليه. ثم قال: فإن لم يكن قائف، ترك إلى أن يبلغ الصبى وينتسب إلى أحدهما:

فإن انتسب إلى الواطىء انقطع نسبه عن الزوج فلا لعان، وإن انتسب إلى الزوج فله نفيه باللعان، واستشكل الرافعى الفرق بين المسألتين وهو مشكل، وأشكل من ذلك تخصيص الحكم الأخير بما إذا عدم القائف، والمعهود أن القائف إذا نفاه عنهما أو ألحقه بهما أو أشكل عليه كان كما إذا لم يكن قائف، لكن طريقة العراقيين ما سبق ذكره من أنه إذا لحق الزوج، كأن يلاعن لنفيه سواء ألحقه به القائف أو انتسب الولد، كما هو منصوص عليه فى المهذب والحاوى للماوردى وغيرهما.

وقال البلقينى: المنقول فى الروضة عن البغوى وغيره ليس بمعتمد، بل له اللعان كما جزم به جمع من الأصحاب؛ لأن القائف إنما جعل حجة لأحد المدعيين لا أنه يثبت نسبا لازما على منكر.

الثالث: قوله: «لا حيث كاذب أو صادق قطعا» مشكل إذ الصدق قطعا متعذر؛ لأنه لا يكون إلا بالبينة أو الإقرار أو القائف أو الانتساب، وذلك لا يورث القطع بل الظن، وأما الكذب فيتصور أن يقطع بكذبه كقاذف الطفل ونحوه][1].

وقوله: وتأبدت حرمة وسقط حد لها ولمعين ذكره، وحصانتها فى حقه لا بزنى آخر إن لاعنت وحدت من لم تلاعن ولو ذمية.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: ويثبت بلعان الزوج هذه الأحكام:

الأول: أن تحرم عليه أبدًا للحديث: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»(١) ثم هى فرقة فسخ لا طلاق، حتى لو علق بطلاقها طلاق أخرى ثم لاعنها لم تطلق الأخرى.

الثانى: أنه يسقط عن الزوج بلعانه ما وجب عليه لامرأته من حد القذف.

ولو كان قذفها برجل معين وذكره معها فى اللعان سقط أيضًا الحد الواجب له.

وكذا لو قذفها بجماعة وذكرهم؛ لأن اللعان حجة مصدقة للزوج بنص الكتاب على المفعول بها المذكورة فيه، فكانت مصدقة له على الفاعل المذكور فيه والواقعة واحدة، فإن لم يذكره فله أن يعيد اللعان لذكره.

الثالث: أن حصانتها تسقط فى حق الزوج مطلقًا إن نكلت عن اللعان وحدت، سواء قذفها بما لاعن عليه أم بغيره، ولا يلزمه حد لكن يعزر للإيذاء، ولا يلاعن له.

وأما إذا لاعنت فإنه إن قذفها بما لاعنها عليه عزر للإيذاء وإن قذفها بزنى آخر حد على الأصح؛ لأنه لم يثبت زناها، وأما حصانتها فى حق غيره فباقية على كل حال على الأصح فيحد قاذفها مطلقًا.

الرابع: أنه يجب عليها بلعانه(٢) حد الزنى لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ . . .﴾ الآية [النور: ٨] فإن لاعنت سقط عنها سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمية، وسواء كانت الذمية تحت مسلم أو ذمى فإنها تلاعن.

ولا يوقف(٣) الحد على رضاها على المذهب، قال فى «العزيز» و«الروضة»: فى هذه المسألة طريقان:

الصحيح: أنها على القولين فى الذميين إذا تحاكما إلينا فهل يجب الحكم؟ قال: وقد سبق فى نكاح المشرك إن أوجبنا الحكم حددناها إن لم تلاعن رضيت أم لا، وإن لم نوجبه لم نحدها حتى ترضى بحكمنا.

والثانى: لا يجرى عليها الحكم حتى ترضى قطعا.

والأصح وجوب الحكم بينهما، فمقتضاه ألا يشترط رضاها.

[وقوله فى الحاوى: «وسقط الحد وللأجنبى إن ذكر فيه وحصانتها فى حقه، ويجب حد الزنى على الزوجة ولو ذمية إن رضيت بحكمنا» فيه أمور:

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/٢٧٦) والبيهقى (٧/٤٠٩) وإسناده صحيح.

(٢) فى أ: بلعانها.

(٣) فى ط: ولا يتوقف.

أحدها: قوله: «وللآخر إن ذكر فيه» أراد الذى قذفها به، وهو وإن لم يكن أجنبيًّا فى الواقعة فهو أجنبى منها، ولو قال: «لمعين» كان أولى.

الثانى: قوله: «وحصانتها فى حقه»، بينا أن الأصح فى الحصانة أنها تسقط فى حقه مطلقًا إلا إذا لم تلاعن، أما إذا لاعنت فلا، بل إن قذفها بزنى آخر حد على الأصح.

الثالث: قوله: «ولو ذمية إن رضيت بحكمنا»، والذى يقتضيه كلام العزيز والروضة أنه لا يحتاج إلى رضاها كما بيناه على الأصح][1].

وقوله: وإن قذفها زوج بكرًا ثم زوج ثيبًا ثم لاعنا لا هى جلدت ثم رجمت.

أى: إذا تزوج رجل امرأة بكرًا ثم قذفها قبل الدخول ولم تطالبه بالحد حتى طلقها، وتزوجت آخر ثم قذفها بعد الوطء منه أو من الأول، ثم ادعت عليهما عند الحاكم وأثبتت القذفين لزمهما حد القذف ولهما إسقاطه باللعان؛ لأن القذف وقع فى النكاح، فلهما اللعان بعد البينونة.

وإذا لاعنا حرمت عليهما أبدًا، ووجب عليها حدان، لأنهما زناءان ولا يمكن أن يكون قذفهما بزنى واحد ؛ لأن كلا منهما لا يلاعن إلا بقذف بزنى فى نكاحه ولم يتداخلا على الأصح؛ لأنهما جنسان مختلفان، ولو قذفاها وهى بكر فى الحالين لتداخلا ووجب مائة جلدة فقط وتغريب عام، فيبدأ فى هذه الحالة المذكورة بالجلد فتجلد ثم ترجم ويسقط التغريب على الأصح.

❊ ❊ ❊

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

العدة[(1)]

وقوله: باب: تعتد حرة ولو بظنه ومعتقة بعدة رجعى ثلاثة أطهار تحتوش بدم ولو فى حمل زنى، وبثلاثة أشهر آيسة لاثنتين وستين سنة ومن لم تحض ومتحيرة.

أى: اعلم أن العدة فى الشرع اسم للمدة التى تتربص فيها المطلقة ونحوها لاستبراء الرحم والتفجع والحزن فى عدة الوفاة.

وما كان لاستبراء رحم المملوكة فهو استبراء فتعتد الحرة التى هى من ذوات الأقراء ثلاثة قروء[(2)] لقوله تعالى ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والقرء الطهر عندنا، فإن عتقت فى العدة وهى بائن أتمت عدة الحرة ثلاثة قروء، وأما الأمة فسيأتى حكمها، وسواء كانت حرة يقينا أو ظنًّا كمن وطئ أمة ظنها زوجته الحرة فإن الأصح أنها تعتد بثلاثة أطهار وكمن تزوج أمة يظنها حرة.

وكذلك من طلق زوجته الأمة رجعيًّا، ثم عتقت قبل انقضاء العدة أتمت عدة الحرة ثلاثة قروء[(3)]، فإن عتقت فى العدة وهى بائن أتمت عدة أمة على الأصح فيهما.

---

(١) العدة لغة: المقدار، وأصلها: العدّ الذى هو الإحصاء، مأخوذة من: عدّ الشيء، من باب «ردَّ»: أحصاه. وقيل: «العدة» مصدر كالعد؛ فيكون معناها: الإحصاء، وكذا فى اللسان، واستشهد له بقوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤].

وعدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها: هى ما تعده من أيام أقرائها، أو أيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليالٍ، وعدتها - أيضاً - أيام إحدادها على الزوج، وإمساكها عن الزينة، شهوراً كان أو أقراء، أو وضع حملٍ حملته من زوجها، وقد اعتدت المرأة عدتها من وفاة زوجها، أو طلاقه إياها.

وجمع عدتها: عِدَدٌ، بكسر العين، والعدة - بالفتح -: الجملة المعدودة، ومنه قول السيدة عائشة - رضى الله عنها -: إن شاء مواليك، عددت لهم ثمنك عَدَّة واحدة..

تعريف العدة اصطلاحاً:

فعند الشافعية:

عرفها الماوردى بقوله: «عدة النساء تربُّصهن عن الأزواج بعد فرقة أزواجهن».

وعرفها بعضهم: بأنها أيام يصير التزوج حلالاً بانقضائها.

وعرفها المتأخرون: بأنها مدة تتربص فيها المرأة عند زوال النكاح، أو عند شبهته المتأكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الموت؛ لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد مع تفجعها على زوج

والعدة عند الحنفية: تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح، أو شبهته من النكاح الفاسد، أو الوطء بشبهة

العدة عند المالكية كما قال ابن عرفة - هى مدة منع النكاح لفسخه، أو موت الزوج أو طلاقه

والعدة عند الحنابلة هى: التربص المحدود شرعًا

(٢) فى أ: أقراء.

(٣) زاد فى أ: فإن عتقت فى العدة وهى بائن أتمت عدة الحرة ثلاثة قروء.

ومن لزمها الاعتداد بالأطهار لم تَنْقَضِ عدتها بغيرها، وإن تطاولت المدة وتباعدت الأطهار حتى تنتهى إلى سن اليأس إلا إن استحيضت ونسيت وهى المتحيرة، فإن لها حكم المستحاضة المبتدئة فى كونها تعتد بثلاثة[١] أشهر.

وأما إذا كان للمستحاضة مرد فإنها ترجع فى العدة إليه فتنقضى عدة المستحاضة المبتدئة فى ثلاثة أشهر والمعتادة[٢] تراعى حكم العادة.

ويشترط أن يكون الطهر محتوشًا بدمين ولا يكفى مجرد الانتقال من الطهر إلى الحيض على الأظهر فلا يحسب للمبتدئة طهر إلا بعد الحيض كما سيأتى.

فلو كانت حاملاً من الزنى فحاضت عليه اعتدت بالأطهار وانقضت عدتها بذلك وجاز لها أن تتزوج إذ لا حرمة لهذا الحمل.

وأما الآيسة فالمراد بها فى كتاب الله تعالى من كانت تحيض ثم انقطع عنها للكبر[٣]، قال الله تعالى ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤].

واختلفوا فى سن اليأس فقيل: يأس نساء عشيرتها، والأصح أنه يأس نساء العالم وأنه لاثنتين وستين سنة، فمن انقطع حيضها لا تنقضى عدتها بالأشهر إلا باليأس منها وهو بلوغ اثنتين وستين سنة، فتعتد حينئذ بالأشهر وكذا التى لم تحض أصلاً لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤] وكذا المتحيرة من المستحاضات ألحقت فى العدة بالمبتدئة، وإن كنا نأمرها فى العبادة بالاحتياط لعظم المشقة فى العدة بالانتظار.

[وقوله فى الحاوى: «تعتد الحرة ولو ظنًّا» إلى قوله: «ثلاثة» أشهر، فيه أمور:

أحدها: أن ابن النحوى اعترض على المصنف وقال: كان ينبغى أن يؤخر قوله: استدخلت ماءه أو وطئ؛ لأنه لا اختصاص لهذا بالحرة بل هى والأمة فى ذلك سواء، والحق أنه لا اعتراض عليه؛ فإنه ذكر للحرة حالتين: حالة يتوقف وجوب العدة فيها على الدخول وهى الفراق فى حال الحياة، وحالة لا يتوقف وجوبها على الدخول وهى ما إذا مات الرجل، ثم ذكر بعد ذلك أن عدة الأمة على النصف من عدة الحرة فى الحالين جميعًا.

---

(١) فى ط: ثلاثة.
(٢) فى أ: والعبادة.
(٣) فى ط: لكبر.

الثانى: قوله: «ثلاثة أقراء» قال ابن النحوى: لو قال: ثلاثة قروء، لكان أولى موافقة للقرآن الكريم، ولأن ابن الأنبارى قال: القروء من الأضداد، فإذا كان للطهر فجمعه قروء، وإذا كان للحيض فجمعه أقراء.

واستدل بقوله ﷺ «دعى الصلاة أيام أقرائك».

الثالث: «أو بلغت أقصى مدة يأس عشيرتها» فمقتضى كلامه أنها ببلوغ سن اليأس تعتد بثلاثة أشهر، وليس كذلك؛ بل يشترط أن يسبق تلك السن انقطاع تيأس هى معه من عود الحيض.

الرابع: أنه قطع بأن المعتبر يأس نساء عشيرتها، والأظهر الذى مال إليه الأكثرون كما فى الروضة أن المعتبر يأس نساء العالم.

قال: والأشهر أنه ببلوغ اثنتين وستين سنة][(١)].

وقوله: وباقى طهر وفوق خمسة عشر يومًا لمتحيرة أولًا قرء، ودونه يلغو ويستأنف لحيض مبتدئة قبل فراغ، وآيسة قبل نكاح.

أى: وإذا طلق امرأته فى آخر الطهر بحيث يبقى منه لحظة ثم حاضت عد ذلك قرءا، وكذلك إذا طلق المتحيرة فى النصف الأول من الشهر بحيث يبقى منه أكثر من خمسة عشر يومًا ولو بلحظة حسب ذلك قرءا، وقطعنا النظر عن أسوأ الأحوال، وحسبنا لها فى كل شهر هلالى قرءا.

فإذا طلقها فى النصف الأول من الشهر ولو بقى لحظة منه فإنا نحسب تلك اللحظة قرءا ثم تعتد بهلالين، وإذا كان أقل من فوق خمسة عشر يومًا لغا ولم يحسب؛ لأن الشهور فى حقها غير متأصلة بل يقدر كل شهر حيضة وطهر.

وقوله: «أولًا قرء»: ظرف لباقى الطهر ولما فوق خمسة عشر.

وإذا شرعت الآيسة ومن لم تحض فى العدة ثم حاضتا نظرت: فإن كان قبل الفراغ منها استأنفتا العدة بالأقراء كالمتيمم إذا رأى الماء فى أثناء التيمم، وإن كان بعد انقضائها، استأنفت الآيسة ما لم تتزوج دون من لم تحض.

والفرق أن من لم تحض، الشهور فى حقها أصل فالحيض بعد انقضائها لا أثر له، والآيسة الأصل فى حقها الحيض والأشهر بدل عنه عند الإياس[(٢)]، فلما حاضت تبين أن لا يأس، وأن العدة لم تنقض كمن ظن عدوا فصلى صلاة شدة الخوف ثم بان أن لا عدو.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: عند اليأس.

وإن حاضت الآيسة وقد نكحت استمرت الصحة لتعلق حق الزوج، ولأنها قد شرعت فى المقصود كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الشروع فى الصلاة.

وقوله: بفراق زوج حى دخل ماؤه أو وطئ ولو صبيا أو علق ببراءة رحم.

أى: تعتد الحرة بثلاثة أطهار بفراق زوج، فدخل فى قوله: «بفراق زوج» الطلاق وغيره من الفسخ والانفساخ بالردة أو غيرها، واحترز بقوله: «حى» من الميت فإنه لا يشترط لوجوب[١] العدة بالموت دخول الماء ولا الوطء، فإذا دخل ماء الزوج فى رحم المرأة باستدخالها إياه أو إدخال غيرها مكرهة أو طائعة قام مقام الوطء فى إلحاق النسب ووجوب[٢] العدة.

وقول الأطباء: إن الماء إذا ضربه الهواء لا يحبل، غايته[٣] غلبة الظن وهى لا تنافى الإمكان؛ فلا التفات إليه.

وكذلك الوطء والمعتبر دخول الحشفة فى الفرج؛ لأن الموجب للعدة اشتغال الرحم ولا يمكن معرفته، فربط الحكم بسببه وهو دخول الحشفة؛ كما علقت أحكام الإسلام بالكلمة الظاهرة وإن حصلت بالإكراه، حتى أوجبوا العدة بوطء الصبى الذى لم يبلغ سن الاحتلام نظرًا إلى مجرد الوطء.

وكذلك وطء الخصى وهو مقطوع الأنثيين دون الذكر، أما مقطوع الذكر دون الأنثيين فلا يتصور منه الوطء إلا أن يبقى منه قدر الحشفة.

نعم إذا دخل ماؤه وجبت العدة وإلا فلا يجب بوطئه عدة، إلا إذا ظهر حمل فإنها تجب وإن نفاه باللعان.

وأما الممسوح فلا عدة على امرأته ولا يلحقه الولد على الصحيح وإن ادعاه.

ولو علق رجل طلاق امرأته على براءة رحمها من الولد ووجدت الصفة، طلقت ووجبت العدة إذا كانت مدخولًا بها نظرًا إلى الوطء فإنه بالجملة شاغل فى الظاهر كوطء الصغيرة.

وقوله: وبموت زوج أربعة أشهر وعشرًا وبلبس طلاق أكثرهما، بترك طيب ودهن كالمحرم وحلى ومصبوغ لزينة واكتحال بإثمد وصبر، لا لرمد ليلًا وتمسح نهارًا، وانقضت دونه واستحب لبائن.

أى: وبموت الزوج مطلقًا سواء دخل بها أم لا صغيرة كانت أو كبيرة، تعتد أربعة أشهر

---

(١) فى ط: لوجود.
(٢) فى ط: ووجود.
(٣) فى ط: غالبة.

وعشرًا إن لم تكن حاملاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] فإن طلقها رجعيًا ثم مات انتقلت إلى عدة الوفاة، وتسقط بقية عدة الطلاق وتستحق[١] النفقة من حين الموت، فإذا طلق إحدى زوجتيه طلاقًا بائنًا والتبس ومات قبل أن يبين أو يعين وهما موطوءتان من ذوات الأقراء غير حاملين فعلى كل منهما أن تعتد بأقصى الأجلين، من عدة الوفاة وثلاثة الأقراء للاحتمال والأخذ باليقين.

فإذا مات وقد مضى لهما قرءان فعليهما الأقصى من القروء والأربعة أشهر وعشر.

وأما إذا طلق إحداهما على الإبهام رجعيًا ثم مات فالرجعية فى حكم الزوجة فيعتدان عدة الوفاة.

وإن لم يكونا موطوءتين فلا عدة عليهما إلا عدة الوفاة، فإن كانتا من ذوات الأشهر اعتدتا عدة الوفاة احتياطًا.

ويلزمهما مع تربص الأربعة الأشهر والعشر ترك التزين[٢] وهو الإحداد، قال ﷺ: «لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشرًا»[٣] فتترك الطيب فى البدن والثوب والأكل، ويحرم عليها كل ما يحرم على المحرم من الطيب وكذا الدهن فى الرأس واللحية إن كان لها لحية كما فى المحرم بخلاف سائر البدن، ولا تتزين بالحلى أى حلى كان حتى باللؤلؤ وخاتم الفضة الذى يجلب للرجال[٤].

ولا يجوز التحلى بصفر[٥] ونحاس مموهين بالذهب والفضة أو شبههما بحيث لا يعرف إلا بالتأمل أو كانت من قوم عادتهم التحلى بذلك فإنه يحرم فى هذه الأحوال.

وتترك[٦] لبس الثياب التى صبغت صباغ زينة، لا ما يصبغ لحمل الوسخ والمصيبة كالأسود والأخضر والأزرق المشبعين لا الكدرين ولا البراق الصافى.

ومما يصبغ للزينة الأحمر والأصفر وإن كان فى ثوب خشن.

وكذا الديباج المنقوش والحرير الملون بخلاف الباقى على لونه من الإبريسم فإنه لا يحرم كالقطن والكتان والقصب والدبيقى وإن كان نفيسًا، والطراز على الثوب إن كان

---

(١) فى ط: ولا تستحق.
(٢) فى ط: التزيين.
(٣) أخرجه البخارى (٥٣٣٤)، (٥٣٣٥)، (٥٣٣٦)، ومسلم (٢/١١٢٣-١١٢٤) (٥٨/ ١٤٨٦-١٤٨٧-١٤٨٨).
(٤) فى ط: التى تحل للرجال.
(٥) فى ط: برصاص.
(٦) فى ط: وترك.

كبيرًا حرام لظهور الزينة وفى الصغير خلاف.

ويحرم عليها الاكتحال بالإثمد سواء كانت بيضاء أو سوداء، وكذا الاكتحال بالأصفر وهو الصبر؛ لأنه يحسن العين، وأما التوتياء ونحوها فلا زينة فيه.

وإن كان بها ضرورة إلى الكحل اكتحلت ليلا ومسحت نهارًا، وإن اضطرت إليه بالنهار اكتحلت به.

ويجوز لها التنظف[1] ودخول الحمام وتقليم الأظفار والاستحداد؛ لأن ذلك ليس من الزينة.

وإذا كانت صبية أو مجنونة منعها الولى مما تمنع منه العاقلة البالغة.

ولا يجب على المطلقة البائن الإحداد بل يستحب.

وإذا لم تجتنب الزينة حتى مضت المدة أثمت وانقضت عدتها وهو معنى قوله: وانقضت دونه، أى: دون ترك التزين[2].

وقوله: وغير حرة النصف وكمل القرء، وكل بتمام وضع حمل ممكن منه ولو نفاه ولحمًا يتصور لا علقة ولا لصبى وممسوح.

أى: وتعتد غير الحرة وهى الأمة والمكاتبة وأم الولد والمدبرة ومن بعضها رقيق، وعدتها على النصف من عدة الحرة، ولما تعذر تنصيف الطهر؛ لأن نصفه لا يعرف إلا بتمامه كمل وصارت عدتها بطهرين كما جعل للعبد طلقتان.

ثم إذا كانت المعتدة حاملاً من صاحب العدة انقضت عدتها منه بتمام وضعه سواء كانت حرة أو أمة، وسواء كانت عدة فرقة فى الحياة أو الموت؛ لأن الأطهار والأشهر يدلان على براءة الرحم فى الظاهر، وتمام وضع الحمل يدل على براءته يقينًا فكان كالأصل وغيره بدل عنه، فلما وجد تعين.

واحترز بقوله: بتمام وضعه، مما إذا خرج وبقى منه بعض متصلاً أو منفصلاً، فإن العدة لا تنقضى، فيراجع الرجعية ويطلقها بعد انفصال البعض، ويبقى فيه جميع أحكام الجنين كسراية عتق الأم إليه وعدم إجزائه عن الكفارة ووجوب الغرة وتبعية الأم فى البيع والهبة.

لكن ذكر فى العزيز والروضة فى أول الكلام على دية الجنين: أن الجنين إذا خرج بعضه فحز رجل رقبته، أن الصحيح وجوب القصاص أو الدية.

---

(١) فى أ: التنظيف.

(٢) فى ط: التزيين.

ولا تنقضى العدة بخروج أحد التوءمين إذا كان بينهما دون ستة أشهر.

ويشترط فى انقضاء العدة أن يمكن كونه من صاحب العدة، فإن لم يمكن كما إذا وضعته لدون ستة أشهر من حين العقد، أو لأكثر وبين الزوجين مسافة لا يمكن مع قطعها كونه منه - لم تنقض به العدة.

وإذا أمكن كونه منه انقضت به العدة وإن نفاه الزوج بالعان؛ لأن ذلك لا يمنع كونه ممكنًا، ألا تراه لو اعترف به بعد اللعان لحقه؟!

ولو وضعته المرأة لحمًا متصورًا انقضت به العدة، وكذا لحمًا لم يتصور إذا شهد أربع من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمى وأنه لو بقى لتصور.

ولم يتعرض فى الحاوى لاشتراط التصور فى اللحم ولا بد منه، ولو أسقطت الحامل علقة لم تنقض عدتها؛ لأنه لا يسمى حملاً.

وإذا كان الزوج صبيًا لا تحبل لمثله لم تنقض العدة منه بوضع الحمل؛ لأنه لا يمكن أن يكون منه، وكذلك إذا كان ممسوحًا بخلاف ممسوح[(١)] الذكر دون الأنثيين؛ لأن الولد يلحقه فتنقضى العدة بوضعه وليس على امرأة الممسوح عدة طلاق ولا على امرأة مقطوع الذكر عدة[(٢)] إذا لم يكن حمل ولم تستدخل ماءه؛ لأنه لا يمكن وطؤه، وأما الصغير إذا وطئ فقد بينا أنه تجب العدة بوطئه وإن لم يلحقه الحمل، فإن كان الحمل من شبهة اعتدت بعد وضعه [عن طلاق الصبى بثلاثة أطهار، وإن كان من زنى انقضت العدة بثلاثة أطهار قبل الوضع][(٣)] على الأصح؛ لأن حمل الزنى كالمعدوم، فإذا كان الحمل مجهولًا ألحق بالزنى هكذا نقله فى «العزيز» و«الروضة» عن الرويانى وأقراه، لكن نقل فى الجواهر عن الإمام خلافه.

وقوله: وبعدها لحقه ولد إلى أربع سنين من طلاقه لا بعد نكاح وإمكان ولو فاسدًا إن وطئ، وفيها ألحق القائف ولا عدة قبل تفريق وإمكان ولد كامل كامتناع إتآم لستة أشهر وصورة لأربعة ولحم لثمانين يومًا.

أى: وإذا أتت المطلقة، ولو كان الطلاق رجعيًا والمفارقة بفسخ ونحوه بعد انقضاء عدتها بالأطهار أو الأشهر بولد لأربع سنين فأقل من وقت الطلاق - نظرت: فإن كانت لم تتزوج من بعد العدة ولا وطئت بشبهة فالولد يلحق الزوج المطلق؛ لأن أكثر مدة الحمل أربع

---

(١) فى ط: مقطوع.
(٢) فى ط: وحده.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

سنين لما روى الشافعى عن مالك - رحمهما الله - أنه قال: هذه جارتنا[١] امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت بثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة، تحمل كل بطن أربع سنين. وكذلك أم هرم بن حيان[٢] حملت به أربع سنين كما روى القتيبى.

وكذلك إذا نكحت بعد انقضاء العدة وأتت بولد لا يمكن أن يلحق بالنكاح ألحقناه بالزوج المفارق، أما إذا أمكن كونه من الناكح ألحقناه به ولم يعرض على القائف على الصحيح؛ لأن فراش الأول قد نسخ، وكذلك لو وطئها رجل بشبهة بعد العدة على الأصح كنكاح فاسد وطئها فيه.

وإن تزوجت فى العدة فالنكاح فاسد، فإن علم فساده ووطئها فهو زانٍ، فإن وطئها وهو يظنه صحيحًا انقطعت به عدة الأول لصيرورتها فراشًا للثانى، فإن أتت بولد يمكن أن يكون من كل منهما عرض على القائف، وإن أمكن[٣] كونه من أحدهما فقط ألحق به.

وإن لم يمكن أن يكون من واحد منهما بأن أتت بولد لدون ستة أشهر من نكاح الثانى وفوق أربع سنين من طلاق الأول لم يلحق بواحد منهما، ولم تنقض به عدة واحد[٤] منهما، بل تكمل العدة بعد الوضع ثم تعتد عن الثانى، نقلاه عن الشيخ أبى حامد فى «العزيز» و«الروضة».

وقال ابن الصباغ: قياس ما ذكرناه من أنه إذا علق طلاقها بالولادة فولدت ولدين بينهما ستة أشهر أن الولد الثانى لا يلحقه وتنقضى به العدة أى تنقضى به عدة أحدهما.

قلت: وقياس ما قاله الرويانى أن الولد المجهول ملحق بولد الزنى - أنا نتبين انقضاء عدتها بمضى الأطهار الواقعة مع الحمل إذا حاضت وهى حامل.

وإذا عرض على القائف فألحقه بأحدهما لحق به، وإن ألحقه بهما أو نفاه عنهما أو أشكل عليه أو فقد انتظر بلوغ الولد، وينتسب إلى من شاء منهما فيلحقه.

وما دامت الشبهة قائمة والعزم على المعاشرة مستمرًا لا تنقضى بقية عدة الطلاق ولا عدة الشبهة حتى يفرق بينهما أو تتضح الشبهة لهما فى مسألتنا، ولو غاب الرجل على عزم العود إليها فأتت بثلاثة أطهار فى غيبته لغت ولم تنقض عدتها به بذلك، ثم الولد الكامل الخلق الصالح للحياة إمكانه لستة أشهر ولحظتين كما ذكر بعد.

ولو ولدت ولدًا ثم ولدت آخر وبينهما أقل من ستة أشهر فهما توءمان وهما حمل واحد فيلحقه الولدان، وإن كان بينهما أكثر كأقل مدة الحمل وهى ستة أشهر ولحظة للوطء فهما

---

(١) فى ط: جاريتنا.
(٢) فى أ: أم هرمز بن حبان.
(٣) فى أ: أنكر.
(٤) فى ط: واحدة.

حملان، وإلى هذا أشار بقوله: كامتناع إتآم وإمكان الصورة، أى: أقل وقت يتصور فيه الولد أربعة أشهر، فإذا أجهضت متصورًا لأربعة أشهر انقضت به العدة؛ لأنه يلحق الزوج، وإن أسقطت لحمًا وقال القوابل: هذا لو بقى لتصور نظرت، فإن كان له ثمانون يومًا انقضت به العدة؛ لأنه يلحق بالزوج.

[وقوله فى الحاوى: «ولو ولدت بعده لأقل من أربع سنين» إلى قوله: «كالأقصى بعد التوءمين»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «لأقل من أربع سنين»، مقتضاه أنه إذا أتت به لأربع سنين لا يلحقه، وهو يلحقه ما لم يزد على أربع سنين كما ذكره.

الثانى: قوله: لحق الزوج والناكح إن أمكن، لا يعنى أنه يلحقهما جميعًا عند الإمكان، وإن كانت العبارة موهمة؛ بل يريد أنه يلحق الزوج إن لم ينكح إلى أربع سنين، ويلحق الناكح إن أمكن أن يكون منه، وإلا لحق الزوج.

الثالث: قوله: «وفى الفاسد ألحق القائف»، أطلق بأن الذى تأتى به لدون أربع سنين من طلاقه إذا كان فى نكاح فاسد أنه يعرض على القائف؛ فدخل فيه الفاسد بعد انقضاء العدة، بل هو أولى؛ لأن المسألة مفروضة فيه، وليس الحكم كذلك؛ بل النكاح بعد انقضاء العدة ووطء الشبهة ينتفى بهما الولد عن الزوج إذا أمكن لحوقه بالناكح على الصحيح، أو بالواطئ بالشبهة على الأصح، كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة»، وإنما يرجع إلى القائف إذا وقع ذلك فى أثناء العدة.

الرابع: قوله: وإمكان الولد الكامل كالأقصى بين التوءمين ستة أشهر ولحظتين، وليس كذلك؛ بل ذلك هو المانع من كونهما توءمين.

وقد تبع الغزالى فى ذلك؛ لأن الغزالى لم يذكر اللحظتين، ثم اعترض عليه الرافعى، وقال: فيه إخلال؛ فإن هذه المدة أقل مدة الحمل وإذا تخللت ستة أشهر كان الثانى حملاً آخر، والشرط أن يكون المتخلل أقل من ستة أشهر. هذا لفظه، ولم ينكره فى المهمات][1].

وقوله: وعدة قرء لاثنين وثلاثين يومًا ونصفها لأمة ولحظتان لكل، وتزيد مبتدأة ستة عشر يومًا وحائض ومعلقة طلاق بوضع خمسة عشر وتسقط لحظة.

أى: أقل ما يمكن انقضاء العدة به فيمن تحيض اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان؛ لأنا نعتبر باقى الطهر قرءًا فنقدره لحظة، ثم نقدر أقل الحيض يومًا وليلة، ثم أقل الطهر خمسة عشر يومًا، ثم أقل الحيض يومًا وليلة، ثم أقل الطهر خمسة عشر يومًا - فهذه اثنان وثلاثون يومًا ولحظة ثم لحظة للطعن فى الحيضة؛ فتكمل ثلاثة قروء[2] بذلك، فاللحظة الأخيرة ليست من العدة حقيقة، لكن يعرف بها انقضائها فلا بد منها، فهاتان اللحظتان لكل من الصور المتقدمة.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: أقرء.

وإن كانت المطلقة أمة فأقل إمكان انقضاء عدتها ستة عشر يومًا ولحظتان، فإن كانت المطلقة ممن لا تحيض فحاضت فأقل ما يمكن فيه انقضاء عدتها ثمانية وأربعون يومًا ولحظة؛ لأنا نفرض أنها حاضت عقيب الطلاق من غير تقدير لحظة لأنا قدرناها هناك لتكون قرءًا، وطهر هذه قبل الحيض لا يحسب؛ لأنه لم يحتوشه دمان فيحسب لها الطهر الذى بعد الحيض فتكون زيادتها ستة عشر يومًا وتسقط لحظة.

والأمة المبتدأة تزيد ستة عشر أيضًا وتسقط اللحظة على ما ذكرناه فى الحرة فتكون عدتها اثنين وثلاثين يومًا ولحظة.

وإن طلقت وهى حائض فأقل ما تنقضى[1] به عدتها سبعة وأربعون يومًا؛ لأنا نفرض أنها طهرت عقيب الطلاق من غير تقدير لحظة؛ فزيادتها بعد إسقاط اللحظة خمسة عشر يومًا.

وكذلك من علق طلاقها بولادتها فإنا نفرض أنها لم تر دمًا فتطهر خمسة عشر يومًا ثم تحيض.

وكذلك الأمة إذا طلقت وهى حائض أو علق طلاقها بالولادة فإنها تزيد خمسة عشر يومًا فتكون عدتها واحدًا وثلاثين يومًا ولحظة؛ ولهذا قلنا: وتزيد المبتدأة ستة عشر يومًا والحائض والمعلقة الطلاق بالولادة خمسة عشر، وتسقط لحظة فى الكل من المسائل الثلاث.

وقوله: وحلفت لغير أشهر، ولوقت ولادة إن علم وقت طلاق وإلا فهو، ولوقت رجعة إن علم وقت انقضاء، وبعكس هو كقبل انقضاء وإلا فهى، لا إن سبق ولم تجبه فورًا، وقول «لا أدرى» منه إنكار، فإن لم يحلف جزمًا نكل، ومنها لغو.

أى: إذا تنازعا فى انقضاء العدة فالقول قول المرأة مع يمينها إذا كانت العدة بغير الأشهر لزمن الإمكان المذكور، سواء كان لها عادة فى الحيض فخالفت عادتها أم وافقت أم لم تكن لها عادة، وإذا ادعت ولادة تنقضى بها العدة وأمكن ذلك بأن ألقت لحمًا لثمانين يومًا وصورة لأربعة أشهر أو ولدًا كاملًا لستة أشهر، صدقت على وضعه بيمينها لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فلو لم يقبل قولهن لما أثمن[2] بالكتمان تأثيم الشاهد فى قوله تعالى ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فإن قالت: ولدت كاملًا، ولها فى نكاحه دون ستة أشهر أو وضعت صورة ولها فى نكاحه دون أربعة أشهر لم تنقضِ به عدتها.

أما إذا اختلفا فى العدة بالأشهر، فالقول قول الزوج؛ لأن الخلاف يرجع حينئذ إلى

---

(١) فى ط: تقضى.

(٢) فى ط: اتهمن.

وقت الطلاق وهو المصدق فيه.

وكذلك القول قولها إذا كان وقت الطلاق معلومًا متفقًا عليه والتنازع فى وقت الولادة، بأن كان الطلاق يوم الجمعة، فقال الزوج: ولدتِ يوم الخميس، فأنتِ فى العدة ولى مراجعتك، وقالت: بل ولدت يوم السبت وانقضت عدتى - فالقول قولها؛ لأن القول فى أصل الولادة قولها فكذلك فى وقتها، هذا بالنسبة إلى انقضاء العدة خاصة.

أما فى النسب وغيره فلا بد من البينة.

وإن اتفقا على الولادة وأنها يوم الجمعة وتنازعا فى وقت الطلاق صدق الزوج؛ لأن القول قوله فى أصله فكذلك فى وقته، وكذلك القول قوله إذا لم يتفقا على شىءٍ، بل قالت: طلقتنى قبل الولادة، فقال: بل بعدها، فهو المصدق أيضًا؛ لأن الأصل عدم الطلاق، وكذلك تحلف المرأة أيضًا لوقت الرجعة إذا تنازعا فيه وهما متفقان على وقت انقضاء العدة بأن انقضت يوم الجمعة، فقال الزوج: راجعتك يوم الخميس، وقالت: بل راجعتنى يوم السبت - فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء الطلاق وعدم الرجعة، وأما بالعكس وهو أن يتفقا على الرجعة ويتنازعا فى انقضاء العدة بأن كانت الرجعة يوم الجمعة وقالت: انقضت العدة يوم الخميس وقال هو: بل يوم السبت، صدق الزوج؛ لأن الأصل بقاء العدة.

هذا إذا كان التنازع بعد انقضاء العدة، أما إذا كان فى العدة فإن المصدق هو الزوج؛ لأنه إنشاء على الصحيح المنصوص، قال الإسنوى: وهو الصواب نص عليه الشافعى - رحمه الله تعالى - فى الأم، فقال فى باب ما يكون رجعة: إذا قال لها فى العدة: قد راجعتك أمس أو يوم كذا، ليوم ماض بعد الطلاق، كانت رجعة، وهكذا لو قال: قد راجعتك بعد الطلاق، هذا لفظه بحروفه، قال: ومن الأم نقلته، وأما إذا لم يتفقا على شىء بأن قال بعد العدة: راجعتك قبل انقضاء العدة، وقالت: بل راجعتنى بعد انقضائها، فإذا كانت هى السابقة فالقول قولها، وإن سبقها بالدعوى نظرت: فإنْ تراخى جوابها فالقول قوله؛ لأنا نجعل قوله: راجعتك، إنشاء رجعة فى الحال، ونحن قد قضينا بأنه إذا علم وقت الرجعة وادعت انقضاء العدة قبلها أن القول قوله، وهذا بدعواه قد أنشأ الرجعة فى الحال وهى تدعى انقضاء العدة قبل ذلك والأصل عدمه.

أما إذا أجابته فورًا بحيث اتصل كلامها بكلامه فالقول قولها؛ لأنا نفرض إنشاءه للرجعة صادف انقضاء العدة لأنها لو قالت: انقضت عدتى الآن، وقال: راجعتك قبل - صدقت، فإذا اتصل الكلامان فرضنا إنشاءه صادف انقضاء العدة فلم يصح، وإن ادعيا معًا فالقول

قولها أيضًا، ونجعل كأن الرجعة صادفت انقضاء العدة فلم يصح.

وإن ادعت تقدم انقضاء العدة على الرجعة أو تقدم الطلاق على الولادة فقال: لا أدرى، جعل منكرًا فيعرض عليها اليمين لأنها السابقة بالدعوى، فإن نكلت حلف ولا يحلف إلا جزمًا أن ذلك لم يتقدم، وإلا جعل ناكلاً فتحلف المرأة.

وإذا حلفت أن الطلاق تقدم على الولادة سقطت عنها العدة، وإن نكلت لزمتها العدة وليس ذلك قضاء بالنكول بل؛ لأن الأصل بقاء العدة.

وقول المرأة: «لا أدرى» لغو، فإذا حلف الزوج جزمًا على تقدم الولادة فله الرجعة ولا التفات إلى قولها: «لا أدرى» ولا يخفى الورع.

وقوله: فإن نكحت فادعى رجعة وأثبت، أو أقر أو نكلا فحلف أخذها أو هى فلا حتى تبين وأعطت مهر مثل للحيلولة، أو هو رفع النكاح فى حقه فقط.

أى: وإذا طلق امرأته طلاقًا رجعيًا وانقضت العدة، ثم تزوجت فادعى الزوج أنه كان قد راجعها فى العدة وأقام بينة - استحقها وأخذها وبان فساد نكاح الثانى.

فإن كان قد وطئها فلا يخفى أنه قد لزمه[1] مهر المثل، وإن ادعى على كل من الزوج والزوجة فأقرا جميعًا أو نكلا جميعًا أو حلف، أخذها أيضًا، وإن اعترفت هى بالرجعة دون الزوج الثانى أو نكلت وحلف الزوج الأول، لم نحكم بها له لتعلق حق الثانى بها.

فإذا بانت منه بطلاق أو فسخ أو موت سلمت إلى الأول بإقرارها كما لو أقرت بحرية عبد فى يد غيرها ثم اشترته فإنه يعتق عليها، ويجب عليها فى الحال مهر المثل[2] للحيلولة، فإذا عادت إليه استعادته.

وإن اعترف الزوج دونها أو نكل وحلف المدعى حكمنا بارتفاع النكاح فى حقه فقط؛ فيلزمه المسمى أو نصفه ولا يستحقها المدعى؛ لأنها منكرة.

وقوله فى الحاوى: «وإن ادعى الرجعة بعد العدة ونكاحها» إلى قوله: «ولا تجعل زوجته» فيه أمور:

أحدها: قوله: وله تحليفها دونه، هذا ما صححه الإمام.

والذى قطع به المحاملى وغيره من العراقيين أن لها الدعوى على الزوج أيضًا وتحليفه، ذكره فى «العزيز» و«الروضة»، ونقل الأذرعى عن الرويانى أنه المنصوص.

الثانى: قوله: ولا تجعل زوجته، مقتضاه أنها لا تجعل زوجة له أبدًا، وليس كذلك، بل ذكر فى «العزيز» و«الروضة» أنه إذا زال حق الثانى بموت أو غيره سلمت إلى الأول

(١) فى ط: يلزمه.
(٢) فى ط: مثل.

بإقرارها.

الثالث: قوله: وغرمها مهر مثل، هو كما ذكر، لكن لا يخفى أنه إذا مات الثانى وسلمناها إلى الأول أنه يعيد إليه المهر الذى أخذه للحيلولة لأنها قد عادت إليه.

وقوله: وإن تزوجت مدعية أنه طلقها فحلف أخذها.

أى: وإذا تزوجت امرأة وقد اعترفت بنكاح رجل أو كان معلومًا، وادعت طلاقًا وتزوجت برجل آخر، وادعى الزوج الأول بقاء النكاح وأنه لم يطلقها، فالقول قوله.

وقد ذكر فى الحاوى مسألة غيرها فقال ما معناه: إذا تزوجت امرأة برجل فجاء آخر وادعاها زوجته، فقالت له: طلقتنى، وأنكر - حكم بأنها زوجته؛ لاعترافها له بالنكاح، ويحلف إنه ما طلقها واستحقها، ومثله فى «العزيز» و«الروضة»، وفرق بينها وبين من طلقت ونكحت فادعى الزوج تقدم الرجعة وأقرت[1] له بذلك: حيث لا نجعل زوجته؛ لحصول الاتفاق منهما على الطلاق فى مسألة مدعى الرجعة بخلاف هذه، قال فى المهمات: وكيف يستقيم ذلك؟ يعنى تسليمها لمن اعترفت بنكاحه وادعت طلاقه وقد تعلق بها حق الزوج الثانى، وقد صحح الرافعى فيما إذا باع شيئًا ثم اعترف بعد البيع بأنه كان ملكًا لغيره أنه لا يقبل؛ لأنهما قد يتواطآن على ذلك، قال: ولعل المسألة مصورة بما إذا ثبت نكاح الأول.

وقوله: وكفى فى عدتى شخص أخيرة وافقت أو حمل ولاثنين قدم حمل ثم طلاق.

أى: وإذا اجتمع على امرأة عدتان فلا يخلو أن يكونا لشخص واحد أو شخصين، فإن كانتا لواحد كما لو طلق زوجته ثم وطئها فى أثناء العدة بشبهة، إما لكون الطلاق رجعيًا أو لظن[2] أنها زوجته ولم تحبل فإن باقى العدة الأولى يندرج فى العدة الأخرى وتكفيها عنهما، سواء كانتا بالأشهر أو بالأقراء، وتجوز له الرجعة فى بقية الأولى فقط وسيأتى، وإن لم يتفقا بأن كانت إحداهما حملاً كما إذا طلقها حائلاً ثم وطئها بشبهة، فحبلت أو طلقها حاملاً ثم وطئها بشبهة - فإن عدة الحمل تكفيها عنهما سواء كانت ترى الدم أم لا.

وقد وهم القونوى والبارزى وصاحب التعليقة وابن النحوى، وفرقوا بين أن ترى الدم على الحمل فتلزمها عدتان، حتى لو حاضت على الحمل قرأين لزمها الثالث بعد الوضع، وبين ألا ترى فيتداخلان، وفهموا ذلك من كلام الرافعى فى العزيز، ولم يرد[3] الرافعى ذلك وإنما فرعه على الوجه الذى يقول: لا يتداخلان، بل يلزمها أن تعتد بعد الحمل بثلاثة

---

(١) فى ط: وأنكرت.
(٢) فى ط: أو يظن.
(٣) فى أ: يرى.

قروء[١]؛ فإنه قال: وجميع ما ذكرناه فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل أو تراه وقلنا: ليس بحيض، فأما إن جعلناه حيضًا فهل تنقضى مع الحمل العدة الأخرى؟ فيه وجهان: أظهرهما نعم، وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضى حسين؛ لأن البراءة معلومة بالوضع والحكم بعدم التداخل مع اتحاد الشخص ليس إلا لرعاية صورة العدتين تعبدا[٢]، وقد حصل هذا الغرض، والثانى: أنها لا تنقضى، فعجيب: كيف ذهلوا عن التعليل؟! ثم سائر الأصحاب فى المهذب والبيان والنهاية وحاوى الماوردى يفرعون ذلك على قولنا: لا يتداخلان، وإنما أشكل عليهم كلام الرافعى لكونه جعلها مسألة مستقلة، ولكن التعليل كاف فى الإرشاد إلى مراده، وقد ذكر هذا البحث ابن النقيب[٣] والنشائى فى نكته وبالغ النشائى فى ذلك وقال: إنه غلط فاضح اغتر به المقصرون، ويجوز له أن يراجع فى مدة الحمل إن كان الحمل عدة للطلاق، وكذا إن كانت عدته بالأقراء على الأصح.

وإن كانت العدتان لشخصين كما إذا كانت فى عدة طلاق أو وفاة أو فى عدة شبهة، فوطئها رجل لشبهة - لم تتداخل العدتان؛ بل تعتد لكل واحد عدة كاملة، ثم إن كانت إحداهما بالحمل قدمت، حتى لو طلق امرأته فشرعت فى عدة الطلاق ثم وطئها رجل بالشبهة فأحبلها قدمت عدة الشبهة على عدة الطلاق؛ لأن عدة الحمل لا تقبل التأخير ثم تتم بعد الوضع عدة الطلاق بثلاثة أقراء.

وإن لم يكن حمل قدمت عدة الطلاق على عدة الشبهة وإن سبقها غيرها، كما لو وطئت زوجته بشبهة فشرعت فى العدة ثم طلقها فى أثنائها؛ فإنها تنتقل إلى عدة الطلاق. فإذا انقضت كملت باقى عدة وطء الشبهة، وقدمت عدة الطلاق لقوتها.

وإن كانتا من شبهة جميعًا قدمت عدة الأول، سواء كانتا بنكاح فاسد أو إحداهما بظن، لكن من نكح فاسدًا لا يدخل وقت عدته إلا بانجلاء الشبهة أو بالتفريق بينهما، فإذا وطئت بشبهة فى هذا الفاسد قبل التفريق بينهما قدمت عدة الوطء ذكره فى «الروضة» عن البغوى وأقره.

---

(١) فى أ: أقرء.

(٢) فى أ: بعيدًا.

(٣) هو: محمد بن أبى بكر بن إبراهيم بن عبد الرحمن، القاضى شمس الدين ابن النقيب، ولد تقريبًا سنة اثنتين وستين وستمائة. قال السبكى: مدرس الشامية البرانية وصاحب النووى، وأعظم بتلك رتبة علية، وله الديانة والعفة والورع الذى طرد به الشيطان وأرغم أنفه، وكان من أساطين المذهب. توفى فى ذى القعدة سنة خمس وأربعين وسبعمائة.

تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٣/ ٥٠)، طبقات السبكى (٩/ ٣٠٧).

وقوله: وجدد ووطئ وفى مشتبه حدد قبل وضع وبعده احتياطًا، وأنفق إن لحقه وراجع فى عدة طلاق وقبلها بعد تفريق وقبل وضع مشتبه.

أى: وإذا طلقها مثلاً وهى حامل فوطئها رجل بشبهة فعدة وطء الشبهة متأخرة؛ لأن الحمل للمطلق فله أن يجدد نكاحها؛ لأنها فى عدته وإن كان فى ذمتها عدة، وهل له أن يطأها فى عدته وعليها عدة وطء الشبهة؟ وجهان: الأصح نعم؛ لأنه لا عدة عليها فى الحال، وكذا إذا لم يكن حمل؛ بأن وطئها رجل بشبهة ثم طلقها الزوج فإنها تنتقل إلى عدة الطلاق كما سبق، فله أن يجدد نكاحها فيها، وبتجديده تدخل فى عدة الشبهة فيمتنع الوطء.

وإن كانت حاملاً كما سبق وأمكن كونه من الزوج والواطئ بالشبهة، فجدد وهى حامل لم يجزه حتى يجدد بعد الوضع، ولو لم يجدد وهى حامل ولكن جدد بعد الوضع وهى فى عدة القرء لم يصح؛ لاحتمال أن عدته بالحمل فلا بد من التجديد مرتين.

وللحامل بالمشتبه النفقةُ على الزوج إن لحقه الحمل وليس لها المطالبة قبل اللحوق؛ لأنها لا تلزمه بالشك ولا قبل التفريق بينهما فى حال الشبهة.

نعم إن كان طلاقه رجعيًّا لزمه بعد التفريق الأقل من نفقتها من يوم التفريق بينهما إلى الوضع، ونفقتها فى القدر الذى تكمل به عدة الطلاق بعد الوضع، فإن جرى وطء الشبهة وقد مضى قرء فالذى يكمل به عدة الطلاق قرءان، وإنما أوجبنا الأقل؛ لأنا لا ندرى ما عدته، فإن لحقه الحمل طالبت بتمام نفقة مدته.

وإذا اجتمعت العدتان والطلاق رجعى فله مراجعتها فى عدة الطلاق سواء كانت العدتان له أو له ولغيره، فإن كانتا له وكانت عدة الطلاق بالأقراء فوطئها هو بشبهة وحبلت، وقلنا بالتداخل، فله الرجعة حتى تضع؛ لأنها فى عدة طلاقه.

وإذا كانتا لشخصين وقدمت عدة الطلاق راجع فيها، وإن قدمت عدة الشبهة ولكون الحمل من الواطئ كان للزوج أن يراجعها بعد وضع الحمل فى بقية عدة الطلاق، ولو فى زمن النفاس.

وكذلك له أن يراجعها قبل الوضع وإن كانت فى عدة غيره، وإليه الإشارة بقوله: وقبلها أى: وقبل عدته إلا أنه لا تصح رجعتها ما دامت الخلطة والشبهة قائمة؛ لأنها فى فراش الشبهة، فإذا فرق بينهما فله أن يراجعها، وإن كان الحمل مشتبهًا فيه فيكفيه أن يراجع قبل وضعه؛ لأن الحمل إن كان له فقد راجع فى عدته وإلا فقد وقعت[1] قبلها، وقد بينا أنها

(١) فى ط: أوقعت.

تصح قبل زمان عدته.

ولو اقتصر على رجعتها بعد الوضع لم يصح؛ لإمكان أن تكون قد انقضت عدته إلا أن يلحقه القائف.

[وقوله فى الحاوى: «ويجدد ويطأ فى عدته» إلى قوله: «وقبلها وقبل الوضع» فيه أمران:

أحدها: قوله: «وقبل وضع المشتبه»، عطفه على ما قبله فاقتضى أن يكون له التجديد والوطء قبل وضع المشتبه، وهو لا يريد إلا التجديد وحده دون الوطء.

الثانى: قوله: «وقبلها» يرد عليه ما إذا راجعها فى حال مخالطة الذى أحبلها بالشبهة؛ فإنها لا تصح كما ذكره فى العزيز والروضة وهو قبل عدته][1].

وقوله: وتنقطع لا حملاً بوطء شبهة لا عقدها وبمخالطة رجعية لا لرجعية، وبتفريق بنت واستأنفت لطلاق مجدد وطء ومراجع ولوطء فى رجعى فيراجع مدة الباقى أو الحمل.

أى: وتنقطع العدة إذا كانت غير حامل بالوطء فى النكاح الفاسد، فإذا نكحت المرأة وهى فى العدة فنكاحها فاسد لا تنقطع به العدة حتى يطأ، فإذا وطئ انقطعت حتى يحصل التفريق، وتنقطع بمخالطة المطلق إذا كان رجعيًّا سواء وطئ أم لا؛ اكتفاء بوطئه الأول وقيام الشبهة بخلاف التى قبلها.

وأما البائن فلا تنقطع على الأصح وإن وطئها؛ لأنه زان والمخالطة محرمة فهو كالأجنبى، وإذا حصل التفريق بينهما فى الشبهة بنت على عدة الطلاق، فإذا انقضت شرعت فى عدة الوطء بالشبهة.

والرجعية تنقطع عدتها بمخالطة المطلق؛ فله أن يطلقها بعد مضى ثلاثة أطهار، وليس له أن يراجعها بعدها عملا بالاحتياط كما هو فى «العزيز» و«الروضة».

وإذا جدد الزوج نكاح المطلقة البائن فى العدة انقطعت العدة، فإن طلقها قبل الوطء بنت على عدتها، وإن طلقها بعد الوطء لزمها استئناف العدة، وإذا رجع المطلق رجعيًّا فى العدة انقطعت أيضًا، فإذا طلقها وقد وطئ استأنفت، وكذا إن لم يطأها على الأصح؛ لأنها تعود إلى النكاح الأول وهى موطوءة فيه إلا إن كانت حاملا وطلقها قبل الوضع فإن العدة تنقضى بالولادة.

وكذلك إذا طلق امرأته رجعيًّا ثم وطئها فى العدة لزمها أن تستأنف العدة بعد التفريق، ثم له أن يراجعها فى بقية عدة الطلاق دون ما بعدها، وإن كانت حاملا راجعها مدة الحمل

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

إن اعتدت به عن الطلاق، وكذا إن اعتدت به عن الشبهة؛ لأن بقية عدة الطلاق قد تضمنها الحمل.

وقوله في الحاوي: وتنقطع بمخالطة الزوج الرجعية وبوطء النكاح الفاسد، فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق انقطاعها بما ذكر، ولا بد من استثناء العدة بالحمل؛ فإنها لا تنقطع بواحد منهما.

الثاني: مقتضاه أن الانقطاع جارٍ في جميع الأحكام، وليس كذلك في حق الرجعة[1]؛ لأنه يمنع منها احتياطًا بعد انقضاء الأطهار وإن لم تنقض العدة لما قدمنا ذكره.

وقوله: وتلازم مسكنا فورقت فيه أو في طريقه، واستحقته لا وهي ناشزة، ثم بتبرع وارث وقاض، وخرجت لحاجة قوت نهارًا وهجرة ولحدٍّ لا مخدرة وبذاء وخوف، وخيرت متلبسة بسفر غير نقلة بإذن وإحرام لم يضق كبدوية رحل أهلها وإن رحلت.

أي: ويجب على المعتدة عن فرقة حياة أو موت، أن تلازم المسكن الذي كانت فيه عند الفراق، فليس للزوج إخراجها منه لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١]، بل لو اتفق الزوجان على الانتقال منه من غير حاجة لم يجز لحق الله تعالى، فإن لم يكن للميت تركة وتبرع الوارث أو القاضي بمسكن لزمها ملازمته ؛ لأنه يستحب للقاضي أن يهيئ لها مسكنًا من بيت المال صيانة لماء الهالك.

وكذلك الوارث له غرض في صيانة ماء مورثه، وإذا أذن المطلق أو الهالك لزوجته في الخروج إلى مسكن للنقلة في البلد أو في غيرها ثم حصلت الفرقة قبل خروجها لم تخرج، وإن حصلت بعد الخروج من المنزل إن كانت النقلة في البلد، أو من البلد إن كانت النقلة إلى بيت في غير البلد تعين المضي إلى المنزل المأذون فيه على الأصح وملازمته، ولا يجوز لها الخروج من منزل العدة إلا بعذر، كما إذا احتاجت إلى القوت؛ فإنها تخرج بسببه نهارًا فقط كشراء الطعام وبيع الغزل وتقاضي ما تقتاته.

فإن كان لها من يكفيها أمر القوت بأن كان لها خادم أو كانت رجعية وأنفقها الزوج لم يكن لها الخروج.

وإذا وجبت عليها العدة وهي في دار الحرب لم تمنعها العدة من الهجرة إلى دار الإسلام، وتلزمها الهجرة إلا إن كانت في موضع تأمن فيه على دينها ونفسها؛ فليس لها أن تخرج حتى تعتد وتوكل في المخاصمة عند الحاكم، فإن احتيج إلى خروجها لإقامة حد أو

---

(١) في ط: الرجعية.

تحليف خرجت إلا إذا كانت مخدرة فإن القاضى يبعث إليها نائبًا يحلفها ويقيم عليها الحد؛ لأن النبى ﷺ قال: «واغْدُ يا أُنَيْسُ على امرأة هذا فإن هى اعترفت فارجمها»(١) وكذلك إذا آذاها الجيران ببذاءة اللسان أذى شديدًا، أو إن بذأت هى على أحمائها كذلك فللزوج إخراجها، قال فى التهذيب: وتسقط سكناها وتعتد فى بيت أهلها، والذى عليه العراقيون وجمهور الأصحاب: أن الزوج ينقلها إلى مسكن آخر ويتحرى القرب من الأول، وكذلك إذا خافت على النفس والمال من هدم أو غرق أو نحوه.

وللمعتدة عن الوفاة والمعتدة البائن أن تخرج ليلا للحديث مع الجيران ثم تعود للنوم، ولا تخرج الرجعية إلا بإذنه، وحكم المعتدة عن شبهة فى ملازمة المسكن حكم غيرها إلا أنه لا يجب إسكانها على الواطئ.

وإذا أذن لامرأته فى سفر غير سفر النقلة إما لحاجة أو لتنزه نظرت: فإن حصلت الفرقة قبل الخروج من عمران البلد تعذر الخروج ولزمتها العدة فى مسكنها، وإن حصلت وقد تلبست بالسفر وخرجت من البلد لم يلزمها الرجوع، بل تتخير بينه وبين المضى فى سفرها وتنقضى العدة(٢) فى السفر.

ولا ينبغى للمعتدة أن تنشئ الإحرام سواء سبق من الزوج إذن لها فى الإحرام أم لا، فإن أحرمت لم يكن لها أن تخرج، فإن فات الحج فتتحلل بعد الفوات كغيرها.

وإن حصل الفوات بعد الإحرام تخيرت بين أن تمضى فى عدتها وبين أن تخرج لأداء النسك، وهذا التخيير إذا لم تخش فوات الحج، فإن خشيته تعين عليها الخروج لأدائه، وسواء أحرمت بإذنه أو بغير إذنه لا يتغير الحكم فى الحالين.

فإذا وجبت العدة على بدوية فرحل أهلها وهم قوم يرتحلون(٣) بخيامهم خيرت فى الرحيل والوقوف إذا بقى فى المحلة من تأمن معه على نفسها ومالها.

ولها أيضًا الخيار وإن رحلت، فلو سارت مع أهلها ثم اختارت الوقوف فى الطريق بحِلَّةٍ أو قرية فلها ذلك.

[وقوله فى الحاوى: «وتلازم مسكن الفراق» إلى قوله: «أو تقيم فى قرية»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «وتلازم مسكن الفراق ولو للوارث» لا يشترط لوجوب ملازمتها

---

(١) أخرجه البخارى (١٢/ ١٧٩) كتاب الحدود باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنا (٦٨٤٢-٦٨٤٣) ومسلم (٣/ ١٣٢٤-١٣٢٥) كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا (٢٥/ ١٦٩٧-١٦٩٨).

(٢) فى ط: المدة.

(٣) فى أ: ينتقلون.

المسكن الذى تبرع به الوارث أن يكون مسكن الفراق، بل إذا لم يكن للزوج مسكن ولا تركة وتبرع الوارث لزمها أن تلازم المسكن الذى تبرع به.

الثانى: أنه خصص الوارث فاقتضى أنه لا يجب عليها ملازمة المسكن الذى يعينه القاضى لها، وهو وجه ذكره الغزالى فى الوسيط والبسيط، والمذهب أنه يجب عليها ملازمة ما عينه الحاكم.

الثالث: أنه أطلق إخراجها للحد، وذلك إذا كانت برزة، أما المخدرة فلا تخرج، بل يبعث إليها الحاكم.

الرابع: أنه أهمل ما استثناه مما يبيح الخروج للبداء، وهو يبيح خروجها إذا بدا عليها وإخراجها إذا بدت.

الخامس: قوله: «أو تقيم فى قرية» ليس ذلك على سبيل الاشتراط، بل لو سارت معهم ثم اختارت الوقوف فى خيام كخيام قومها كان ذلك لها][1].

وقوله: فإن قدر بمدة أو بحاجة رجعت بعد كمعتكفة، وإلا فقبل مدة إقامة كمن سافر بها.

أى: إذا خيرناها فى المضى فى السفر والرجوع فاختارت السفر ووصلت المقصد، وكان قد أذن لها فى الوقوف مدة مقدرة - لم يجز أن تتجاوزها[2] سواء سافرت لحاجة أو لنزهة.

قال فى «الروضة» فيمن[3] سافرت للنزهة بإذنه: إنها لا تقيم أكثر من مدة المسافرين، فإن قدر لها مدة فهل الحكم كذلك، أم لها استيفاء المدة المقدرة؟ قولان، أظهرهما الثانى، قال: ويجريان فيما لو قدر لها فى سفر الحاجة مدة تزيد على قدر الحاجة، ولا يخفى أنها إذا استأذنته فى سفر لحاجة وقدر لها مدة: أنها لا تجاوزها قطعًا، اللهم إلا إن خافت[4] ضياع مال برجوعها فإن هذه الحالة تبيح لها الخروج من مسكن الفراق، وكذلك المعتكفة إذا طلقها أو مات وهى فى المسجد لزمها الرجوع إلى المسكن بعد مدة الإذن لا قبلها، أما إذا لم يقدر مدة: فإن كانت فى سفر الحاجة لزمها الرجوع إلى المسكن بعد انقضاء الحاجة، حتى لو انقضت قبل استكمال مدة المسافرين لم يكن لها استكمالها على الأصح، إلا إن عدمت الرفقة ونحو ذلك، وإن كانت فى سفر النزهة وقفت قدر مدة

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من ط.
(٢) فى أ: تجاوزها.
(٣) فى أ: فمن.
(٤) فى ط: اللهم إذا خافت.

المسافرين وهى دون أربعة أيام صحاح.

ومن سافر بها الزوج لحاجته ثم طلقها أو مات لزمها أن ترجع لتعتد فى مسكنها، ولا تقيم أكثر من مدة المسافرين.

وقوله فى الحاوى: ورجعت بعد الحاجة، مقتضاه أنها ترجع بعد انقضاء الحاجة وإن أذن لها فى الإقامة مدة تزيد عليها، ويؤيده من شراحه أنهم يخصون قولهم «مدة الإذن» بسفر النزهة، ومقتضى ما صححه فى «العزيز» و«الروضة» أنها تقيم مدة الإذن بعد قضاء الحاجة قطعًا، وإن لم تنقض الحاجة لم تزد على مدة الإذن. فتعين[١] أن يقال: تقف مدة الإذن، فإن لم يكن إِذْنٌ بمدة مقدرة وكان السفر لحاجة وقفت بقدرها، فإن لم تكن حاجة كالإذن فى سفر النزهة وخروجها مع الزوج لحاجته[٢] وقفت مدة المسافرين.

وقوله: وحلف لا وارثه: إن إذنه لغير نقلة.

أى: إذا خرجت بالإذن فطلق، ثم قال: ارجعى لتعتدى فى مسكنك، فقالت[٣]: إذنك كان فى خروجى إلى سكن الثانى للنقلة، وقال: كان لغرض آخر من قضاء حاجة أو نزهة أو زيارة - فالقول قول الزوج، وقولها إن كان ميتا، ولا يكون القول قول الوارث ؛ لأن الواقعة متعلقة بالزوجين، والوارث بعيد عنهما، فهى أعرف[٤] منه بما جرى، والزوج أعرف بما أراد.

وقوله فى الحاوى: فإن قال[٥]: انتقلت بالإذن حلف لا وارثه صحيح فى حق الزوج لا فى الوارث؛ لأن الوارث إذا قال: لم تنتقلى بالإذن، كان القول قوله أيضًا؛ لأن الأصل عدم الإذن، لكن المصنف يريد إذا اتفقا على الإذن واختلفا فى صفته، وكلامه ليس بصريح فى ذلك، فلو قال: وإن قالت: الإذن للنقلة، حلفت لا وارثه - لعُلِمَ أن الاختلاف فى كيفية الإذن.

وقوله: ونقلت إن لم يلق الأقرب.

أى: إنما قلنا: يتعين لها مسكن الفراق إذا كان لائقًا بها.

فلو كانت فى بيت خسيس لا يليق بها لم يلزمها الرضا به حال العدة، وإن رضيت به أولا.

وكذا إذا كان فسيحًا لا يليق بمثلها لم يلزم الزوج الرضا بسكناها فيه حال العدة، وإن

(١) فى أ: فيتعين.
(٢) فى أ: لحاجة.
(٣) فى أ: فقال.
(٤) فى ط: اعتراف.
(٥) فى ط: وإن قالت.

كان قد رضى قبلها، فتنتقل إلى أقرب مسكن من مسكنهما، ولا ينقلها إلى الأبعد مع وجود الأقرب.

وقوله: وسكن كل بحجرة أفردت بمرافق أو مع محرم أو امرأة ثقة يحتشمها كخلوة بأجنبية، ولضيقه انتقل.

أى: وإذا طلقها وهى معه فى داره لم يجب عليه الخروج إذا كان فيها حجرتان يسكن كل واحد منهما فى واحدة، ثم ينظر: إن اتحدت[1] المرافق وكان هناك محرم إما رجل محرم لها أو امرأة محرم له جاز، واشترط الشافعى أن يكون المحرم مكلفا.

وقال الشيخ أبو حامد: يكفى المراهق، وفى معنى المحرم النسوة الثقات ولو واحدة فى الأصح إذا كانت[2] يحتشمها.

وإذا قلنا بجوازه فهومكروه؛ لأنه لا يؤمن معه النظر، وكما يجوز أن يساكنها فى دار مع هؤلاء يجوز أن يخلو بها وبالأجنبية معهم.

ولا يجوز أن يساكنها فى حجرة واحدة وإن اتسعت، ويلزمه الخروج عنها، وكذا فى الحجرتين إذا لم يكن معها أحد من هؤلاء، إلا إذا كانت الحجرة الأخرى منفردة المرافق عن باقى الدار من المطبخ والمستحم والمرقى إلى السطح والممر إلى الشارع، ويغلق الباب بينهما؛ فحينئذ لا يلزمه الخروج عنها. والسفل مع العلو كالدار مع الحجرة، ويجوز للرجل أن يخلو بامرأتين ثقتين ولا يجوز أن تخلو المرأة برجلين؛ لأن المرأة تستحى من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل، فإن لم يتسع المسكن لهما لضيقه انتقل.

وقوله فى الحاوى: ويدخل الخلوة بمحرم وزوجة وجارية ومن يحتشمها أو انفردت بمفردة المرافق، فيه أمور:

أحدها: قوله: ويدخل للخلوة بمحرم، فاشترط لجواز ذلك أحد أمرين: إما وجود المحرم ونحوه، أو انفراد المرافق، وفى الحالة الثانية لا يجوز له الدخول عليها الخلوة ولا غيرها.

الثانى: قوله: ويدخل للخلوة بمحرم، يفهم منه أنه يجوز أن يساكنها فى حجرة واحدة إذا كان معها محرم ونحوه بدليل قوله: أو انفردت بمفردة المرافق.

قال فى «العزيز» و«الروضة»: ولا يخفى أن مساكنة المعتدة بالمحرم [ومن فى معناه فيما][3] إذا كان فى الدار ما يفضل عن سكنى مثلها، فإن لم يكن كذلك فعلى الزوج تخليتها

(١) فى ط: إن تحدث.
(٢) فى ط: كان.
(٣) فى أ: فى معناه ما.

للمعتدة والانتقال عنها.

الثالث: قوله: وزوجة وجارية ومن يحتشمها، فيه مؤاخذة؛ لأنه جعل من يحتشم منها غير الزوجة والجارية، وقد يعتذر عن ذلك بأنه أراد: من يحتشمها كما يحتشم الزوجة الجارية، لكن ما كل زوجة وجارية يحتشمها، فلو جعل الاحتشام صفة للكل لكان أولى؛ إذ المعول عليه.

وقوله: وله بيعه فى عدة أشهر وبدل إن لم يؤجر نحو معير رجع، وضاربت لتقدم حجر بأجرة عادة حمل وقرء ثم الأقل، ورجعت بما زاد، واقترض قاض لغائب، ثم هى بإشهاد لترجع.

أى: وإذا طلقها فى مسكن تعتد فيه، وكانت العدة بالأشهر صح بيع ذلك المسكن، كما يصح بيع الدار المستأجرة، والجامع بينهما أن كلًّا منهما مستحق المنفعة مدة معلومة.

وإذا كانت بالأقراء أو بالحمل لم يصح البيع؛ لأن المنفعة المستثناة مجهولة، ولا التفات إلى العادة، فإنها قد تتغير ولا يضر توقع الحيض فيمن تعتد بالأشهر وهى مراهقة؛ نظرًا إلى الأصل.

وإذا وجبت العدة فى دار مستعارة أو مستأجرة فرجع المعير أو انقضت مدة الإجارة - وجب السعى فى تقريرها فيه بالأجرة، وإن امتنع المالك من الإجارة وجب الإبدال بالمسكن مسكنًا آخر، ويراعى القرب كما سبق.

فإن استعار مسكنًا ثم أجاب[1] الأول إلى الإجارة وجب استئجاره ورجوعها إليه.

فإن كان الثانى مستأجرًا فوجهان: أحدهما: لا يجب رجوعها؛ لأنه يؤدى إلى تضييع مال. والثانى: يجب؛ لأنه يمكنه أن يؤجر ما استأجر لها

وإن أفلس وحجر عليه ثم طلق، فقد تعلق حق الغرماء بالمسكن قبل تعلق حقها بالسكنى؛ فيجب أن تضارب مع الغرماء بأجرة المسكن.

ولا يقال: هذا دين حادث لا تضارب به، فإنه وإن كان حادثًا فسببه متقدم وهو النكاح والوطء، ولأن المفلس بطلاقه كالجانى والمجنى عليه يضارب.

ثم إن كانت تعتد بالأشهر فذاك وإن اعتدت بالأقراء، أو بالحمل ضاربت بأجرة المثل كعادتها[2] المعهودة، فإن لم تكن عادة ضاربت بأجرة أقل مدة تنقضى فيها العدة بالأقراء أو الحمل.

---

(١) فى ط: أجاز.

(٢) فى ط: لعادتها.

ولا يخفى أن الحمل لا يعرف حالة الطلاق إلا بعد تقدمه فتستحق المضاربة لما بقى من أقل مدته.

فإن زادت المدة على العادة أو الأقل رجعت بالزائدة على الغرماء على الأصح وعلى الزوج إن أيسر.

فإن قيل: كيف صحت قسمة الغرماء وهى معتدة بالأقراء أو الحمل ولم يصح البيع؟ قلنا: مثل هذه الجهالة لا تحتمل فى البيع، وتحتمل فى قسمة الغرماء؛ بدليل أنه إذا خرج بعد القسمة غريم لم يتبين البطلان بل يرجع عليهم، هذا إذا طلقها بعد الإفلاس والحجر أو لم يكن له مسكن.

وأما إذا طلقها قبله وهى فى مسكنه فإنها تقدم به على الغرماء إلى أن تنقضى عدتها.

ومن طلق امرأته وهى تسكن فى منزلها فلها المطالبة بالسكنى، وتضارب مع الغرماء أيضًا، وإن كان الطلاق سابقًا للحجر.

وإن كان الزوج غائبًا ولا مسكن له اكترى لها القاضى مسكنًا من مال الغائب، فإن لم يكن له مال استقرض القاضى عليه، وإن أذن لها أن تقرضه من مالها ويكترى عنه جاز، وإن لم يكن قاضٍ فاقترضت لترجع؛ رجعت إن أشهدت وإن اقترضت مع القدرة على إذن القاضى أو اقترضت لترجع ولم تشهد، أو أشهدت ولم تقترض لترجع؛ لم يكن لها أن ترجع عليه.

[وقوله فى الحاوى: «وتبدل إن انتهت الإجارة أو الإعارة»، أطلق أن له الأبدال بمجرد الانتهاء وليس كذلك بل لا يبدل إلا إذا تعذر استئجار المسكن للعدة كما إذا امتنع المعير أو المؤجر من ذلك كما سبق.

الثانى: قوله: «وإن أفلس ضاربت»، ليس على إطلاقه، فإنه إذا أفلس وحجر عليه وهى معتدة فى مسكنه قدمت السكنى على الغرماء لتعلق حقها بالعين قبل الحجر كالمرهون بل ذلك فيما إذا أفلس وحجر عليه ثم طلقها فإن حقوق الغرماء قد سبق تعلقها بالمسكن فتضارب معهم لما ذكرناه.

الثالث: أنه اقتصر على أنها تضارب بالعادة أو الأقل، وأضرب عن الحكم بما إذا زادت مدة العدة على ذلك، والأصح أنها ترجع بأجرة ذلك على الغرماء، كذا ذكره فى العزيز والروضة.

الرابع: أنه أطلق أن لها الرجوع بالإشهاد، وليس لها ذلك إلا إذا اقترضت لترجع][١].

الاستبراء

وقوله: فصل: يجب استبراء لوطء مسبية ولاستمتاع بحصول ملك غير زوجية، ولزوال زوجية غير أم ولد وكتابة وكفر وكذا لتزويج مفترشته إلا منه ويكفى قبل عتقها لا مستولدة وهو وضع غير المعتدة به ثم حيض كامل وإن وطئ لا إن حبلت قبل أقله حتى تضع.

أى: يحرم تزويج ما افترش الرجل من إمائه، ولا تكون الأمة فراشًا إلا بالوطء، فإن لم تلد من الوطء ففراشه يقطعه الاستبراء بحيضة، فإذا استبرأها بحيضة انقطع؛ فلا تسمى مفترشة، فإن أولدها لم ينقطع الفراش منها إلا بالنكاح بعد الاستبراء أو بالعدة. فإن أراد تزويج المفترشة وجب استبراؤها وإن باعها أو أعتقها، ويجزى للتزويج الاستبراء قبل البيع والعتق وبعدها، فإن كانت مستولدة لم يجز تزويجها حتى تُستبرأ بعد العتق، وكذا إذا عتقت المستولدة بموته لم يصح تزويجها إلا بعد الاستبراء، هذا فى التزويج من غير المفترش بعد أن باع أو أعتق فإنه يصح؛ لأنه لا يخشى اختلاط الماءين؛ ولهذا احترز بقوله: «إلا منه».

وإذا سبى[٢] امرأة أو دخلت فى سهمه حرم عليه قبل الاستبراء وطؤها فقط، ويحل

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) قال ﷺ فى سبايا أوطاس «ألا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»، رواه أبو داود، وصححه الحاكم على شرط مسلم، وقاس الشافعى بالمسبية غيرها بجامع حدوث الملك، وأخذ من الإطلاق فى المسبية أنه لا فرق بين البكر وغيرها، وقاس بمن تحيض من لا تحيض من الآيسة والصغيرة فى اعتبار قدر الحيض والطهر وهو شهر؛ وذلك لأن ترك الاستفصال فى وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم.

وقال الشافعى:

وكل ملك حدث لمالك لم يجز فيه الوطء إلا بعد الاستبراء؛ لأن الفرج كان ممنوعا قبل الملك.

ومعناه: كل من استحدث ملك أمة بابتياع أو ميراث أو هبة أو مغنم، حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها، صغيرة كانت أو كبيرة، بكرًا كانت أو ثيبًا، شريفة كانت أو وضيعة، ممن يجوز حبلها أم لا، وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود - رضوان الله عليهم - وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: إن جومع مثلها لزمه استبراؤها، وإن لم يجامع مثلها لم يلزمه.

وقال الليث بن سعد: إن كان مثلها يحبل لزمه استبراؤها، وإن لم يحبل مثلها لم يلزم.

وقال أبو ثور وداود: إن كانت ثيبًا لزمه الاستبراء، وإن كانت بكرًا لم يلزم ذلك؛ استدلالًا برواية رويفع بن ثابت أن النبى ﷺ قال: «ألا توطأ حامل حتى تضع، ولا ثيب حتى تحيض»؛ فدل على جواز وطء البكر قبل أن تحيض، وبما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه قال: لا استبراء على العذراء.

قالوا: ولأن الاستبراء موضوع لبراءة الرحم، فلم يلزم فيمن علم براءة رحمها.

ولأن عدد الحرائر أعلى من استبراء الإماء، وذلك ساقط فى غير المدخول بها؛ فكان الاستبراء بذلك أولى.

ودليلنا: رواية أبى سعيد الخدرى: أن رسول الله ﷺ قال: «ألا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض» ؛ فكان على عمومه فى كل حائل: من صغيرة وكبيرة، وبكر وثيب، مع =

الاستمتاع بها؛ لتقبيل ابن عمر الجارية التى وقعت فى سهمه بجلولاء بحضرة الصحابة فلم ينكر ذلك عليه أحد[١].

ويحرم الاستمتاع والوطء بمن تجدد له عليها ملك بغير السبى قبل الاستبراء؛ لما سيأتى فى غير زوجته التى فى نكاحه، وأما الزوجة فإنه إذا ملكها انفسخ النكاح وحلَّت له بالملك استصحابًا للحل، فلو اشتراها وقد طلق رجعيًّا لم تحل له قبل الاستبراء لعدم الاستصحاب، وسواء ملكها ببيع أو هبة أو إرث أو وصية بعد قبول، وكذلك من عاد الملك فيها بفسخ أو إقالة أو رجوع فى هبة، وسواء انتقلت ممن وطئ أم لا، ولو من امرأة وصبى، ويستبرئ البكر والآيسة ومستبرأة البائع. [هذا فى حق المالك إذا أراد وطأها، أما إذا أراد تزويجها بعد استبراء البائع أو بعد انقضاء عدتها من زوج أو وطء شبهة أو اشتراها من امرأة أو صبى ونحوه - فإنه يجوز تزويجها من غير استبراء، ولو كاتب أمته كتابة صحيحة ثم انفسخت كتابتها لم يحل الاستمتاع بها إلا بعد الاستبراء؛ لزوال ملك الاستمتاع بالكتابة، وصيرورتها إلى حيث يلزمه المهر بوطئها، وصارت بعد فسخ الكتابة كمن بيعت ثم عادت إلى الملك، بخلاف الحيض والإحرام والصوم؛ فإن الملك فيها لم يختل وإن حرم

= ورود ذلك فى سبى أوطاس، وكان فيهن صغار وكبار؛ فعم ولم يفرق.

فإن قيل: فاسم الحائل لا ينطلق إلا على من أخلف حملها بعد تقدم منها؛ كما يقال: نخلة حائل؛ إذا أخلفت بعد أن حملت، وتسمية حائل لا ينطلق ذلك على من لم تحمل من قبيل النخل وصغار البهائم فعنه جوابان:

أحدهما: أن هذا غير مسلم؛ لأن الحائل ضد الحامل؛ فاقتضى أن يكون محمولًا على عمومه من قول وعمل.

والثانى: أنه روى أبو داود كما فى صدر الباب: أن النبى ﷺ قال: «ألا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض»، وهذا لا يحتمل ما تكلفوه من التأويل.

ولأن من استجد ملك أمة محرمة، لزمه استبراؤها قبل الاستمتاع؛ قياسًا على موضع الوفاق. ولأن اعتبار من يجامع مثلها ولا يجامع، ومن يحبل مثلها ولا يحبل يشق، لاختلافه فى الناس أو اختلاف الناس فيه، لا سيما مع غلبة الشهوة؛ فحسم الباب وقطع التنازع كالغرة فى الجنين حين قدرت شرعًا؛ لحسم التنازع، وتحريم قليل الخمر، حسمًا لما يفضى إليه من الصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وكذلك عموم الاستبراء.

فأما الجواب عن روايتهم لقوله: «ولا ثيب حتى تحيض»، فالأثبت ما رويناه من قوله: «ولا حائل حتى تحيض»، ولو صحت لكان بعض ما شمله العموم؛ فلم يعارضه.

فأما قول عمر: «لا استبراء على عذراء» فالمروى عنه خلافه، وقد روى عن على وابن مسعود - رضى الله عنهما - وجوب الاستبراء فى جميعهن.

وقولهم: «إن الاستبراء لبراءة الرحم» غير مسلم؛ بل الاستبراء لاستحداث الملك، أو أن يكون لاستبراء الرحم تارة وللتعبد تارة أخرى إذا كانت صغيرة أو متوفى عنها زوجها، وهو جواب عما ذكروه من الاستدلال بالعدد

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف كما فى تلخيص الحبير (٤/٦).

الاستمتاع.

والمرهونة كالتى لم ترهن؛ بدليل حل الاستمتاع بها، وإنما حرم الوطء مراعاة لحق المرتهن، وهذا إذا أذن فيه حل.

وإذا ارتدت الأمة أو سيدها، ثم عادت أو عاد إلى الإسلام - لم يكن له أن يطأها حتى يستبرئها؛ لأنه زال ملك الاستمتاع ثم عاد، فلو ارتدت وهى حامل، ثم عادت إلى الإسلام، استبرأها بوضع الحمل، وكذلك زوال الزوجية أو العدة، فإذا زوج أمته وطلقها الزوج قبل الدخول أو بعد الدخول واعتدت لم يحل للسيد أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة كما سيأتى.

وهذا إذا لم تكن أم ولد، فإن كانت أم ولد لم يحتج إلى استبراءٍ، بل بمجرد الطلاق إن كان الطلاق قبل الدخول، أو بمجرد انقضاء العدة إن كان بعد الدخول تصير فراشًا؛ لقوة الاستيلاد، وهكذا حكم العدة من الشبهة.

فجميع ما ذكر يحرم إلى مضى][1] حيض كامل إن كانت من ذوات الأقراء وليست بحامل، فالمعتبر فيه الحيض لا الطهر على الصحيح، بخلاف العدة؛ لقوله ﷺ فى سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل[2] حتى تحيض»[3]، واستبراء أم الولد كغيرها، ويشترط حيض كامل فلو حصل موجب الاستبراء وقد شرعت فى الحيض لم يحتسب[4] حتى تطهر، ثم تحيض حيضًا كاملاً، ولا يخفى أن الوطء يحرم حتى تغتسل، ثم اعلم أن الوطء لا يقطع الاستبراء؛ لأن الاستبراء من أجله والملك له ولهذا يلحقه الولد بالوطء قبل الاستبراء فإن كانت فى عدة زوج قطع وطؤه العدة لكن يأثم، فلو كان يطؤها فحاضت حيضًا كاملاً حلت بذلك الحيض، وإن أحبلها بوطئه نظرت: فإن كان قبل الحيض لم يحصل الاستبراء إلا بالوضع، ولو أحبلها بعد الحيض، أو مضى يوم وليلة فيه حصل الاستبراء به، فإن لم يمض أقله قال الإمام: لا تعتد بما مضى من الدم، نقله القمولى فى الجواهر عنه، والذى نقله الرافعى عن الوسيط يمكن حمله عليه.

[وقوله فى الحاوى: «يحرم تزويج الموطوءة» إلى قوله: «وانقطع الحمل» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وزائلة الفراش» يعنى: لا يجوز تزويج زائلة الفراش إلا بعد الاستبراء، وهو كلام أراد به المصنف غير ما يقتضيه اللفظ، فإن الموطوءة التى ليست بأم ولد إذا استبرأها بحيضة صارت زائلة الفراش وصح تزويجها بغير استبراء سواء باعها أم لا والمصنف أراد «زائلة الفراش» من: زال ملكه عنها. وهى فراش، والعبارة قاصرة من تناول

(١) ما بين المعقوفين فى ط مع تقديم وتأخير.
(٢) فى ط: حامل.
(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٦٢، ٨٧) وأبو داود (٢١٥٧).
(٤) فى أ: لم يحسب.

هذا .

الثانى : أن أم الولد تدخل فى قوله : الزوجة ، والأصح أنه لا يحتاج السيد - إذا طلقت قبل الدخول أو بعده ، وانقضت عدتها - إلى الاستبراء بل يرجع إلى فراشه بمجرد انقضاء العدة .

قال فى العزيز والروضة : وهل يحتاج إلى لحظة يقدر فيها الرجوع إلى فراشه؟ وجهان :

قال الشيخ أبو على : والذى اختاره شيخه أنه لا يحتاج ؛ لأنه أمر حكم مستغن عن زمان محسوس .

الثالث : قوله : «وإن وطئ وانقطع بالحل» ، مقتضاه أن الاستبراء يحصل بحيض كامل وإن وطئ فى الحيض ، وانقطع الدم بالحمل من ذلك الوطء .

ولم يفرق بين أن يكون الوطء الحاصل منه الإحبال فى الحيض قبل مضى يوم وليلة فى الحيض أو بعده فإنه إذا أحبلها قبل الحيض أو بعده وقبل مضى يوم وليلة منه لم يحصل الاستبراء إلا بوضع الحمل .

وإن لم يكن حمل حصل الاستبراء بالحيض ؛ لأن الوطء لا يقطع الاستبراء كما يقطع العدة ، وليس فى العبارة ما يرشد إلى هذا كله][1] .

وقوله: ثم شهر بعد لزوم ملك وطلاق أو عدة وإسلام من لا تنكح .

أى: من لا تنكح إلى مضى حيض كامل أو شهر لمن كانت من ذوات الأشهر ؛ لأن الشهر فى حقها كالحيضة على الأصح ، وإلى وضع حمل إن كانت الحامل مسبية ، أو الحمل من زنا ، أو منه بأن وطئها قبل الاستبراء فحبلت كما تقدم .

أما إذا استبرأها[2] حاملاً مزوجة أو معتدة من نكاح أو شبهة فإنه لا يحصل الاستبراء فيها بالوضع ؛ لأنها فى حال زوجية فلا تعتد بما يحصل فيها منه وتعتد بما قبل القبض على الصحيح ، فلو اشترى أمة فحاضت فى يد البائع حيضة كفاه ذلك ، وأما فى الهبة فلا ؛ لأنه لم يملك فيها إلا بالقبض ، وفى «الروضة» : لا يصح الاستبراء قبل القبول ويصح بعده مطلقًا ، ولا يفتقر الوارث فى الاستبراء إلى القبض ؛ لأنه كالمقبوض بدليل صحة بيعه قبل القبض .

فإذا كانت الأمة مزوجة أو معتدة فلا يصح الاستبراء فيمن لم يدخل بها إلا بعد الطلاق .

وفيمن دخل بها أو وطئت بشبهة لا يصح إلا بعد انقضاء العدة لكونها قبل ذلك مشغولة بحق الغير .

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط .

(٢) فى ط : اشترى .

وإذا اشترى جارية ممن لا تحل مناكحتهم كالوثنية والمجوسية والمرتدة لم تعتد بما يحصل من الاستبراء قبل الإسلام؛ لأنه لاستباحة الاستمتاع، فلا تعتد بما لا يستعقبه الحل.

ولو اشترى المأذون جارية وتعلق بها حق الغرماء لم يستبرئها السيد قبل انفكاكها عن الديون.

وقوله: ولحق ولد يمكن منه، وصدق فى: لم أطأ، وبيمين: أنه ليس منى فى استبرأت إن لم نصدق وبها فى: لم يطأ أبى، وقلت حضت وولد مشترى زوجته يلحق باستيلاد أمكن إن لم يستبرئ وإلا فبالنكاح دونه.

أى: وإذا وطئ أمته وأتت بولد يمكن أن يكون من وطئه لحقه الولد، فإن أنكر الوطء صدق بلا يمين، فلو أقر بوطئها ثم قال: استبرأت من وطئ وحبلت بعد الاستبراء: لم يصدق إلا باليمين: أنه ليس منى ويكفيه عن ذكر الاستبراء ولا يكفى: أنى استبرأت.

ولو ورث من أبيه جارية فمنعته نفسها، وادعت أن أباه وطئها وأنكر، كان القول قوله بيمينه، وعليها أن تمتنع عنه باطنًا إن صدقت وتنفر ما قدرت.

وكذلك إذا قالت: لم أحض فى حال التربص للاستبراء فقال: قلت لى: إنك حضت، فالقول قوله بيمينه؛ لأن الاستبراء باب من التقوى مفوض إلى السيد، ولذلك لا يحال بينه وبينها كما يحال بين الزوج والمعتدة بالشبهة، ولو قال لها: حضت، فأنكرت فالقول قولها وليس له تحليفها ؛ لأنه لو نكلت لم يقدر السيد على الحلف إذ لا يعرف ذلك إلا منها كالمعتدة من النكاح فقط، والأصح أنه غير الزوجة إذا وطئها قبل الاستبراء، وقد بيعت موطوءة غير مستبرأة وأتت بولد يمكن أن يكون من هذا ومن هذا عرض على القائف، وإذا كانت المستبرأة زوجته لحقه الولد فى الحالين، وكان حرًّا فى الحالين؛ لأنه إما ولده من المملوكة، أو ولده من أمة استبرأها[1] حاملاً، فدخل الحمل فى الملك ثم عتق عليه.

[وقوله فى الحاوى: «والقول له فى أخبرتنى به ولم يطأ مورثى. . .» إلى آخره، فيه أمور:

أحدها: قوله: «وأنا بعد الحيض» معطوف على النفى، أى: ما وطيء مورثى ولا وطئت أنا بعد الحيض، فقد يوهم أنه أراد بعد الحيض الذى توقفت عن الوطء قبله للحل، ولم يرد ذلك؛ لأنه فى هذه الحالة يصدق من غير يمين، وإنما أراد بعد الحيض الذى

---

(١) فى ط: اشتراها.

وطئت قبله ففى هذه يكون القول قوله مع يمينه.

الثانى: قوله: «ولحق الولد الممكن منه إن لم يدع استبراء»، مقتضاه أنه إذا ادعى الاستبراء انتفى عنه، وهو لا ينتفى إلا إن صدقته أم الولد، فإن أنكرت لم يكلفه أن يحلف أنه استبرأها على الأصح، بل يشترط أن يحلف أن هذا الولد ليس منى.

الثالث: قوله: «ولو ادعت أمية الولد»، يوهم أنه مسألة أخرى لا تعلق لها بقوله: «ولحق الولد الممكن» وهى من تتمتها لكن كلامه يشعر بأنه لا يسمع دعواها إلا إن ادعت الاستبراء، وهو ما أشعر كلام الغزالى.

قال الرافعى: والأكثرون لم يتعرضوا له بل اكتفوا بأن يدعى أن ولدى هذا من وطئه.

الرابع: قوله: «والذى يحتمل الملكين بحولين». احتمال الملكين شرط فى اللحوق بل يلحقه باحتمال واحد منهما؛ لأنها فى أحدهما زوجته وفى الآخر أمته.

الخامس: قوله: «بالوطء»، هذا كالمستبقى عنه بقوله الولد يحتمل الملكين لأنه لا يحتمل الملكين إلا إذا ثبت وطؤه والوطء يثبت تارة بإقراره وتارة بالنية وقد اكتفى بالإمكان فى المسألة قبلها فقال: ولحق الولد الممكن ولم يتعرض لذكر الوطء؛ لأن الأمة لا يمكن الولد منها إلا بالوطء بخلاف الحرة فإنا نحكم بالإمكان فيها بمجرد العقد.

السادس: قوله: «بلا استبراء» المراد بالسكوت والاستبراء وليس المراد أن يكون نفى الاستبراء شرطا فى إقراره، ثم أيضا لا فيه من الحلف على نفى الولد إذا أنكرت الاستبراء كما سبق فى المسألة قبلها][1].

وإنما يثبت الاستيلاد إذا حكمنا به فى ملك اليمين؛ بأن أتت به لستة أشهر من الوطء بعد الشراء ولما دون أربع سنين، فإن لم يطأها بعد الشراء أو وطئها وادعى الاستبراء حكمنا بأن الولد من النكاح، ولم يثبت الاستيلاد.

❊ ❊ ❊

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الرضاع(١)

وقوله: باب: حصول لبن انفصل من امرأة حية ولو جبنا ومع غالب بمعدة حى أو دماغه لا بعد حولين خمسًا يقينًا لا بتحول ولهو وعود.

أى: اعلم أن حرمة الرضاع ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع(٢) فهو عبارة عن حصول لبن

---

(١) الرضاع لغة: فهو مصدر «رضع» بكسر الضاد، يرضع: بفتحها، من باب: تعب، أو: «رضع» بفتح الضاد، يرضع بكسرها، من باب: ضرب يضرب.

قال فى «المصباح»: رضع الصبى رضعًا، من باب: تعب، لغة لأهل نجد، ورضع من باب: ضرب، لغة لأهل تهامة، وأهل مكة يتكلمون بها، وعلى هذا فهو مصدر سماعى لا قياسى؛ لأن المصدر القياسى من الباب الأول: رَضَعًا، بفتح الراء والضاد مع القصر، والمصدر من الباب الثانى: رضعًا، بسكون الضاد.

وقال جمع: إن المصدر من هذه اللغة بكسر الضاد، وإنما السكون تخفيف، مثل الحلِف والحلْف.

وقال فى «المصباح» أيضًا: رضع يرضع - بفتحتين - رضاعًا، ورضاعة: لغة ثالثة، انتهى. وعلى هذه اللغة هو مصدر قياسى.

وإذا أريد وصف المرأة به يقال: مرضعة: بإثبات التاء، ومرضع بحذفها فى آخره.

وقال الفراءُ: إن قصد حقيقة الوصف بالإرضاع فمرضع: بغير تاء، وإن قصد مجازه، يعنى: أنها محل للإرضاع باعتبار ما كان، أو سيكون فبالهاء، وقوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَرَوْنَهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّآ أَرْضَعَتْ﴾[الحج: ٢] على هذا النحو.

وقد خالف فى ذلك الشيخ الشرقاوى حيث عكس المسألة، فقال: يقال للمرأة التى لم تباشر الإرضاع، وهى ذات ولد: مرضع، بحذف التاء، وللتى باشرته: مرضعة، بالتاء.

ففعله يجوز فيه فتح الضاد وكسرها، ومصدره يجوز فيه إثبات التاء وحذفها، مع فتح الراء وكسرها، وإبدال ضاده تاءً.

والخلاصة من هذا كله: أن الفعل الماضى من هذه المادة تكسر ضاده وتفتح، والمضارع تفتح ضاده وتكسر، والمصدر منها تفتح راؤه، وهو الأفصح، وتكسر مع فتح الضاد، ويجوز قلب ضاده تاءً، والتاء تحذف فى آخره، وقد تثبت فيقال: رضاع ورضاعة، ورتاع ورتاعة، بفتح الراء، وكسرها فى الجميع، ومعناه لغة: مص الثدى، وشرب لبنه.

وأما الرضاع فى اصطلاح الفقهاء:

فقد عرفه الشافعية بأنه: حصول لبن امرأة، أو ما حصل منه فى معدة طفل، أو دماغه، بشروط

وقد عرفه الأحناف بأنه:

(مص الرضيع من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص)

وقد عرفه المالكية بأنه:

(وصول لبن آدمى بمحل مظنة غذاء)

وقد عرفه الحنابلة بأنه:

(مص لبن أو شربه ونحوه، ثاب من حمل، من ثدى امرأة)

(٢) أما الكتاب فهو قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[النساء: ٢٣].

والسنة الصحيحة المشهورة، مثل ما رواه إمامنا الشافعى - رضى الله عنه - عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن أم المؤمنين عائشة - رضى الله =

المرأة فى معدة الطفل أو دماغه، فحصول اللبن شامل للإرضاع وللإيجار المحلوب منها فى حلق الطفل، سواء كان نائمًا، أو مستيقظًا وسواء استقر فى بطنه، أو تقايأه، ويشترط أن يكون منفصلاً عن امرأة، فيدخل فى المرأة الثيب والبكر، ويخرج منه الصغيرة فلابد من اعتبار سن الحيض كما سبق فى الحيض، ويخرج أيضًا الرجل والبهيمة فلا حرمة للبنهما، ولو ارتضعا من بهيمة فلا أخوة لعدم الأمومية والخنثى بالتبيين، ولا يحكم بكونه أنثى باللبن.

ويشترط أن يكون انفصال اللبن والمرأة حية، فلو حلب منها اللبن ثم ماتت، وأوجره الطفل أثر بخلاف ما إذا انفصل منها ميتة، وسواء تغير اللبن إلى حموضة وغيرها أم لا، وسواء جعل جبنا، أو أقطا، أو زبدًا أو رائبًا، أو عجن به دقيق، أو ثرد به خبز، أو جعل فى ماء غالب أو مرق أو نحوه واستهلك ثم شرب منه بحيث يتحقق وصوله إلى جوفه، كل ذلك حكمه حكم اللبن، فإذا شرب من ذلك المخلوط المنتشر فيه اللبن خمس دفعات حرم على الأصح بشرط أن يكون فيه من اللبن ما يمكن أن يسقى منه خمس دفعات.

فإن قل جدًا كقطرة لبن تقع فى جب ماء فلابد من شرب جميعه لتحقيق وصول اللبن إلى الجوف، ويعد ذلك رضعة واحدة.

ويشترط حصول ذلك فى معدة الطفل، أو دماغه؛ لأن الدماغ محل للتغذى أيضًا، فإن من صب الأدهان فى أنفه سعوطًا وصلت إلى الدماغ وانتشرت فى العروق، وتغذت بها كما ينتشر الحاصل فى المعدة وليس الحقنة ونحوها كذلك.

ولو وصل إلى الدماغ من مأمومة أو إلى المعدة من جراح حرم ولو صب فى أذنه لم يؤثر لأنها لا تتصل بالدماغ.

ويشترط أن يكون الرضيع حيًا، فلا أثر لإرضاع الميت، وأن يكون فيما دون حولين هلاليين أربعة وعشرين شهرًا، وإن انكسر الشهر الأول كمل من الخامس والعشرين،

= عنها - أن النبى ﷺ قال: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلادَةِ» وغير ذلك من الأحاديث.

والإجماع؛ إذ لا خلاف بين مجتهدى الأمة فى ذلك، وإن اختلفوا فى الشروط المعتبرة، وما ينتشر إليه التحريم.

وأما الدليل على ثبوت المحرمية، فما روى عن عائشة - رضى الله تعالى عنها - أنها سألت رسول الله ﷺ عن أفلح أخى أبى القعيس هل يدخل عليها؟ - وكانت امرأة أبى القعيس قد أرضعتها - فقال ﷺ: «يَلِجُ عَلَيْكِ فِإنَّه عَمُّكِ مِنَ الرَّضَاعَةِ».

وما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت: يا رسول الله، إنى أسمع صوت رجل فى منزلك عند حفصة فقال ﷺ: «أَرَاهُ عَمَّهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ».

والإجماع أيضًا منعقد على ذلك.

وبتمام الحولين لا أثر للرضاع(١).

---

(١) من شروط تحريم الرضاع:
ألا يبلغ الرضيع حولين كاملين يقينًا فى ابتداء الرضعة الخامسة؛ فلا أثر لرضاع من بلغهما، ولو بيسير من الزمن.

فإن شك فى بلوغه وعدمه حرم؛ لأن الشك لا أثر له مع اليقين الذى هو الأصل وهو بقاء المدة، ولو بلغهما فى أثناء الرضعة الخامسة حرم، لكفاية ما وجد من هذه الرضعة فى الحولين، ويعتبر الحولان بالأهلة، فإن انكسر الشهر الأول تمم ثلاثين يومًا من الشهر الخامس والعشرين.

والسنة الهلالية وهى القمرية -: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا وخمس، وسدس من اليوم، والسنة الشمسية: ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم إلا جزءًا من ثلاثمائة من اليوم، والفلكيون يعتبرونها ثلاثمائة وخمسة وستين يومًا فقط إن كانت بسيطة، وستة وستين إن كانت كبيسة.

والسنة العددية: ثلاثمائة وستون يومًا لا تزيد ولا تنقص.

إذا ثبت هذا: فإن شرط عدم بلوغ الرضيع حولين كاملين هو مذهب إمامنا الشافعى - رضى الله تعالى عنه - وهو قول أبى يوسف، ومحمد - رضى الله تعالى عنهم أجمعين - وقول الإمام مالك فى إحدى الروايتين، وبه قال من الصحابة سيدنا عمر، وابنه، وسيدنا على وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة، وأمهات المؤمنين سوى سيدتنا عائشة - رضى الله تعالى عنهم - وقال مالك - فى روايته الأخرى: مدته خمسة وعشرون شهرًا، وقال الإمام أبو حنيفة: مدته ثلاثون شهرًا.

وقال زُفَرُ: مدته ثلاثة أحوال، فهى ستة وثلاثون شهرًا.

فكل هؤلاء يشترطون الصغر فى الرضاع غير أنهم قد اختلفوا فيما بينهم فى مدته.

وذهب بعض الفقهاء ومنهم الأوزاعى، وداود الظاهرى: إلى تحريم رضاع الكبير، ونسب هذا - أيضًا - إلى الإمام الليث بن سعد، وهو مذهب أم المؤمنين عائشة - رضى الله تعالى عنها - وقال الجصاص: إنه قول شاذ.

الأدلة على ذلك

أولًا: استدل إمامنا الشافعى - رضى الله تعالى عنه - ومن وافقه بالكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فقد جعل الله تعالى تمام الرضاع مقدرًا بحولين، وما حد فى الشرع بغاية، كان حكم ما بعد الغاية مخالفًا له، وحكمه فى الشرع هو التحريم فى الحولين، فوجب أن يكون حكمه عدم التحريم بعد الحولين.

ونظير هذا القصر، والأقراء فى العدة.

وأما السنة فكثيرة:

منها: ما رواه الدارقطنى، والبيهقى عن النبى ﷺ قال: «لا رَضَاعَ إلا مَا كَانَ فِى الحَوْلَيْنِ» المعنى: لا رضاع محرم.

ومنها: ما رواه ابن ماجه: «لا رَضَاعَ إلا مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ» فاستفيد من هذين الحديثين قصر الرضاع المحرم على ما كان فى الحولين، فعلم نفى التحريم بعدهما.

ومنها: ما رواه سيدنا جابر - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ أنه قال: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ، وَلا يُتْم بَعْدَ احْتِلام» رواه أبو داود، الطيالسى فى مسنده.

وجه دلالةِ هذا الحديث: أن الفصال ورد فى القرآن مقدرًا بحولين. قال تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى =

. . . .

= عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فوجب الحمل على ما فى الآية دفعًا للمنافاة، ولهذا أفتي بعض الصحابة بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر مستدلًا بهذه الآية، وآيتى ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

قال ابن كثير: إن استنباط أن مدة الحمل ستة أشهر من هذه الآيات استنباط قوى صحيح.

روى محمد بن إسحاق عن بعجة بن عبد الله الجهنى قال: تزوج رجل منا امرأة من جهينة، فولدت لتمام ستة أشهر، فانطلق زوجها إلى عثمان، فذكر ذلك له، فبعث إليها، فلما قامت لتلبس ثيابها بكت أختها، فقالت: ما يبكيك؟ فوالله ما التبس بى أحد من خلق الله غيره قط، فيقضى الله فى ما يشاء، فلما أتى بها عثمان أمر برجمها، فبلغ ذلك عليًّا، فأتاه فقال: ما تصنع؟ فقال: ولدت تمامًا لستة أشهر، وهل يكون ذلك؟ فقال له علي: أما تقرأ القرآن؟ قال: بلى، قال: أما سمعت الله يقول: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فلم نجد قد بقى إلا ستة أشهر! فقال عثمان: والله ما فطنت لهذا، عَلَيَّ بالمرأة. قال: فوجدوها قد فرغ منها.

وفهم عبد الله بن عباس ذلك أيضًا: فعن عمر - رضى الله تعالى عنه - أنه جيء بامرأة وضعت لستة أشهر، فشاور فى رجمها، فقال ابن عباس: إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم، ثم ذكر هاتين الآيتين.

ثانيا: استدل أبو حنيفة - رضى الله عنه - بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [لقمان: ١٤] إذ ليس المراد بالحمل: حمل الأحشاء؛ لأنه يكون فى سنتين، بل المراد من الحمل: الحمل على الكف، وهو عبارة عن مدة الرضاع.

ورد بأن هذا خلاف الظاهر من الكتاب، ويعارض بما قال أجلاء الصحابة - رضى الله تعالى عنهم - فقد تقدم أن الإمام عليًّا - كرم الله وجهه - وسيدنا ابن عباس قالا: المراد بالحمل: حمل البطن من غير نكير.

ثالثًا: استدل زُفَرُ بن الهذيل بالكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] والآية مطلقة ليس فيها تقييد بالحولين.

وأما السنة: فقول النبى ﷺ: «الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ» فإن الثلاثة الأحوال سن يعتد فيها بالرضاع واللبن يسد فيها جوعته.

وأجيب: بأن الإطلاق الذى فى الآية مقيد بما تقدم فى الأحاديث الدالة على اعتبار الحولين فقط. على أنه إذا سلم الإطلاق، فما دليله على التقييد بما يدعيه، وهو ثلاث سنين.

وأجيب عن الحديث بأن عمومه مخصوص بما تقدم أيضًا.

وقوله: «إنها سن يعتد فيها بالرضاع... إلخ منقوض بالشهر السابع والثلاثين؛ لأن الطفل يتغذى فيه باللبن - أيضًا - ولم يثبت بالرضاع فيه تحريم، وحيث ثبت أن الصغر فى الاعتداد بالرضاع وتحريمه شرط، فلا فرق بين أن يستغنى الرضيع بالطعام عن اللبن أم لا.

وقال سيدنا مالك - رضى الله عنه -: إنما يثبت التحريم بالرضاع إن لم يستغن عن اللبن بالطعام.

ورد بأن التقدير بالحولين يقتضى الاعتداد بالزمن من غير نظر إلى غيره؛ وبأن تعليقه بالحولين علم من طريق النص، وتقييد الحكم بعدم الاستغناء بالطعام علم من طريق الاجتهاد، وتعليق الحكم بالنص أولى من تعليقه بالاجتهاد. =

. . . .

= وأيضًا: فإن اعتبار الحولين فهم من عموم النص والاستغناء بالطعام خاص والتعميم أولى؛ حملا للنص على ظاهره واحتياطًا فى الأحكام.

رابعًا: أدلة المثبتين لتحريم رضاع الكبير والرد عليها:

استدل المثبتون بما يأتى:

- رُوِى عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أُمِّ سَلَمَةَ قالت: قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ لِعَائِشَةَ: إِنَّه يَدْخُلُ عَلَيكِ الْغُلام الأَيْفَعُ الَّذِى مَا أُحِبُّ أَنْ يَدْخَل عَلىَّ فقالت عائشة: أما لَكِ فِى رَسُولِ اللهِ ﷺ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ؟ وَقَالَتْ: إنّ امرأَةَ أَبِى حُذَيْفَة قَالَتْ: يَا رسُول اللهِ، إنَّ سَالمًا يَدْخلُ عَلَى، وَهُوَ رَجُلٌ، وَفِى نَفْسِ أَبِى حُذَيفَةَ مِنْهُ شىء، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ حَتَّى يَحْرُمَ عَلَيْكِ»، رواه مسلم.

- وروى عن سيدتنا عائشة - رضى الله عنها - قالت: جَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سُهَيلٍ إلى النبى ﷺ فقالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّى أَرَى مِنْ وَجْهِ حُذَيْفَةَ مِنْ دُخُولِ سَالِم - وَهُوَ حَلِيفُهُ - فَقَال النَّبِى ﷺ: «أَرْضِعِيهِ» قَالَتْ: كَيفَ أُرْضِعُهُ وَهُوَ كَبِيرٌ؟ فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَقَالَ: «قَدْ عَلِمْتُ أَنَّه كَبِيرٌ».

وقد ذكر الإمام الشافعى - رضى الله تعالى عنه - فى مسنده، فقال: حدثنى مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير، فقال: أخبرنى عروة بن الزبير أن أبا حذيفة بن عتبة ابن ربيعة، وكان من أصحاب النبى ﷺ قد كان شهد بدرًا، وكان قد تبنى سالمًا الذى يقال له: سالم مولى أبى حذيفة، كما تبنى رسول الله ﷺ زيد ابن حارثة، وأنكح أبو حذيفة سالمًا، وهو يرى أنه ابنه، فأنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة - وهى يومئذ من المهاجرات الأوليات، ومن أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله فى زيد بن حارثة ما أنزل، فقال: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾[الأحزاب: ٥] رد كل واحد من أولئك متبناه إلى أبيه، فإن لم يعلم أباه رده إلى الموالى، فجاءت سهلة بنت سهيل، وهى امرأة أبى حذيفة، وهى من بنى عامر بن لؤى إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، كنا نرى سالمًا ولدًا، وكان يدخل على، وأنا فضل، وليس لنا إلا بيت واحد؟ فقال النبى ﷺ فيما بلغنا: «أَرْضِعِيه خَمْسَ رَضْعَاتٍ فَيَحْرمُ بِلَبَنِهَا» وكانت تراه ابنًا من الرضاعة، فأخذت بذلك عائشة فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال، فكانت تأمر أختها أم كلثوم، وبنات أختها يرضعن لها من أحبت أن يدخل عليها من الرجال والنساء.

وأبى سائر أزواج رسول الله ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس، وقلن: ما نرى الذى أمر به ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة فى سالم وحده من رسول ﷺ لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد.

فظاهر هذا الحديث: أن سالمًا قبل الرضاع لم يكن محرمًا لسهلة، لا يجوز نظره إليها، ولا الخلوة بها؛ ولهذا كره أبو حذيفة دخوله، وتغير وجهه من ذلك، ولما رضع وهو كبير - خصوصًا وأنه ثبت فى بعض الروايات أنه ذو لحية - صار من المحارم، فدل هذا على أن رضاع الكبير يثبت به التحريم، كالصغير وهو المطلوب.

فإن قيل: كيف ساغ له الرضاع المستلزم للنظر والخلوة عادة، مع أن المحرمية لا تتحقق إلا بعد الرضعة الخامسة.

أجيب: بأن هذا خصوصية لسالم، كما خص بثبوت محرميته بالرضاع، أو أنه يجوز أنها كانت تحلب اللبن فى إناء ويشربه.

والجواب عن هذه الأحاديث:

أولا: أنها معارضة لظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ =

. . . .

= أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[البقرة: ٢٣٣].

وجه الدلالة - كما قال الإمام فخر الدين الرازى -: أنه ليس المراد بإتمام الرضاعة عدم حاجة الصبى إليها؛ فإنه قد يستغنى عنها قبل الحولين، ويحتاج إليها بعدهما لضعفه، بل المراد: أن الحكم المختص بالرضاع لا يثبت إلا عند حصوله فى هذه المدة.

ثانيًا: أن هذه الأحاديث معارضة لكثير من الأحاديث الدالة على اعتبار الصغر فى الرضاع مع إمكان الجميع.

فمنها: ما رواه ابن مسعود عن النبى ﷺ قال: «لا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ إلا مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ العَظْمَ»، ولا يكون هذا إلا فى الصغير؛ لأن الكبير لا ينبت رضاعه لحمًا، ولا ينشز عظمًا.

ومنها: ما روى عن أم المؤمنين سيدتنا عائشة - رضى الله عنها - قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ الله ﷺ وَعِنْدِى رَجُلٌ فَقَالَ: مَنْ هَذَا؟ قُلْتُ: أَخِى مِنَ الرَّضَاعةِ، قال: «يا عَائِشَةُ، انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ؛ فَإِنَّمَا الرَّضَاعةُ مِنَ المَجَاعَةِ»، فدل على أنَّ الرضاعة فى الكبر لا أثر لها فى التحريم، وإنما تؤثر فى التحريم حين الصغر، ويرشد إلى هذا قوله ﷺ: «فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ»، فإن المعنى - كما قاله المهلب -: انظرن ما سبب هذه الأخوة، فإن مدة الرضاع إنما هى فى الصغر، حيث يسد اللبن المجاعة، فإن الكبير لا يسد اللبن جوعته، ولهذا الحديث الذى روته السيدة عائشة - رضى الله عنها - قال بعضهم: إنها رجعت عن مذهبها، كما رجع أبو موسى.

ومنها: ما روته أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ إلا مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ فِى الثَّدْى وَكَانَ قَبْلَ الفِطَامِ»، رواه الترمذى، وصححه، وفى رواية: «الرَّضَاعَةُ مَا فَتَقَتِ المِعَى، وَأَنبَتَتِ اللَّحْم»، والمراد بفتقِ الأمعاء: أنْ يشقها اللبن، ويسلك فيها، وهذا لا يكون إلا فى الصغير، أما الكبير فقد جرى الطعام فيها ففتقها. وزمن الثدى: هو زمن الرضاع جريًا على عادات العرب، فيقولون «مات فلان فى الثدى» أى: فى زمن الرضاع، ومنه الحديث المشهور: «إنَّ إِبْرَاهِيمَ مَاتَ فِى الثَّدْى، وَإِنَّ لَه مُرْضِعًا فى الجَنَّةِ تُتِمُّ رِضَاعَهُ».

ومنها: ما روى عن جابر عن النبى ﷺ قال: «لا رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ، وَلا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلامٍ»، رواه أبو داود الطيالسى فى مسنده، والمراد بالفصال: الفطام فى مدته؛ كما فى قوله تعالى: ﴿وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤].

فكل هذه الأحاديث الشريفة دالة على اشتراط الصغر فى تحريم الرضاع. ويكفى اعتمادًا على صحة هذا - أعنى: اشتراط الصغر فى تحريم الرضاع - أنه مذهب الكثير من أكابر الصحابة: كسيدنا على - كرم الله وجهه - وابن عباس، وعبد الله ابن عمر، وسائر أزواج النبى ﷺ غير سيدتنا عائشة، بل قيل: إنها رجعت عن ذلك، وروت ما يدل على عدم تحريم رضاع الكبيْر على ما تقدم؛ فعلم من هذا: أن ما دل على تحريم رضاعة الكبير من الأحاديث معارض بالآية، وبهذه الأحاديث المتقدمة الصحيحة الإسناد.

والدليلان إذا تعارضا تساقطا، ما لم يرجح جانب أحدهما، وهاهنا قد ترجح جانب ما دل على اشتراط الصغر فى التحريم بالرضاع بتضافر الكتاب والسنة، وبأنه قول الكثير من أجلاء الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

ولنا جوابان آخران:

الأول: أن الأحاديث التى دلت على تحريم رضاعة الكبير منسوخة بالأحاديث المفيدة لاشتراط الصغر.

ودليلنا على دعوى النسخ: أن قصة سالم المذكورة كانت فى أول الهجرة عند نزول قوله تعالى: =

وينبغى كما قال الرافعى إنه القياس - أن يكون ابتداء المدة من انفصال الولد جميعه، ويجب أن يكون حصول اللبن فى المحل وانفصاله من الثدى متفرقًا خمس مرات.

ودون خمس الرضاعات لا يحرم، قالت عائشة رضى الله تعالى عنها: «كان فيما أنزل الله فى القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس رضعات، فتوفى رسول الله ﷺ وهى مما تقرأ»[1] وحمل ذلك على قراءة حكمها[2]، والمتبع فى معرفة عدد

= ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَـٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[الأحزاب: ٥] الآية، وقد دل حديث ابن عباس على اعتبار الصغر، ولم يقدم المدينة إلا قبل الفتح، وحديث أبى هريرة، ولم يسلم إلا فى فتح خَيبر، والمتأخر ينسخ المتقدم.

الجواب الثانى: أن هذا الحكم خاص بسالم؛ كما خص خزيمة بإقامته مقام رجلين فى الشهادة، وخص أبو بردة بإجزاء الجذع من المعز فى الأضحية. ويرشد لكونه خصوصية لسالم، فهم أمهات المؤمنين ذلك، حيث قلن: «ما نرى الذى أمر به رسول الله ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة فى سالم وحده من رسول الله ﷺ»، ويؤيد ذلك أن السؤال حصل بعد نزول آية الحجاب، وهى أجنبية، لا يصح إبداء زينتها لسالم، والرضاع يستدعى إبداء الزينة عادة، وهو حرام، لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَآئِهِنَّ أَوْ أَبْنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِىٓ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِىٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوْ نِسَآئِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [النور: ٣١] الآية وحيث أمر سالمًا بذلك، وكان فى الشرع ما يعارضه - وهو عموم الآية الدالة على حرمة إبداء الزينة التى يستلزمها الرضاع عادة - علم أن هذا خاص به، وليس أمرًا للجميع، وإلا لزم إهمال أحد الدليلين، وإعمال الدليلين حين الإمكان أولى من إهمال أحدهما، كما هو معلوم من علم الأصول.

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٧٥) كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات (٢٤/ ١٤٥٢).

(٢) من شروط الرضاع:

أن يصل اللبن إلى جوف الطفل من معدة أو دماغ خمس رضعات متفرقات يقينًا، فإن ارتضع أقل من الخمس لم يثبت التحريم. نعم، لو حكم حاكم لم ينقض قوله للخلاف، وكذا لا يثبت التحريم لو شك فى كونه رضع خمسًا أو أقل؛ لأن اليقين: وهو عدم التحريم لا يرتفع بالشك خلافًا للإمام مالك رضى الله تعالى عنه حيث قال: يثبت بالشك احتياطًا .

وكون التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات، هو مذهب إمامنا الشافعى - رضى الله تعالى عنه - وبه قال من الصحابة: سيدنا عبد الله بن الزبير، وعبد الله ابن مسعود، وأم المؤمنين عائشة - رضى الله عنهم - ومن التابعين: سعيد ابن المسيب، وعطاء، وطاووس، ومن الفقهاء: أحمد، وإسحاق، وحكاه ابن القيم عن الليث بن سعد - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين -.

وذهب أبو حنيفة - رضى الله عنه - إلى أن التحريم يثبت برضعة واحدة، وبه قال من الصحابة: سيدنا على - كرم الله وجهه - وعبد الله بن عباس، وعبد الله ابن عمر، ومن الفقهاء: سيدنا مالك، والأوزاعى، والثورى رضى الله تعالى عنهم.

وذهب داود الظاهرى: إلى أنه يثبت التحريم بثلاث رضعات، وبه قال من الصحابة سيدنا: زيد ابن ثابت، ومن الفقهاء: أبو ثور رضى الله عنهم.

الرضعات العرف[١]، وأما تعددها بطول الفصل فظاهر، فإذا ارتضع[٢] الطفل ثم قطعه قطع إعراض واشتغل بغيره، ثم عاد وارتضع فهما رضعتان، وقطع المرضعة كقطعه، وأما إذا تحول من ثدى إلى ثدى، أو تنفس أو تخللته نومة خفيفة، أو قامت المرضعة إلى شغل خفيف ثم رجعت إلى الإرضاع، أو لها فلفظ الثدى من فيه لحظة، ثم عاد إلى التقامه سريعًا، فلا يتعدد فى كل ذلك بل هى رضعة واحدة، فقوله: خمسًا متعلق بحصول اللبن وبالفصل[٣]، ويشترط أن ينفصل[٤] اللبن من المرأة فى خمس مرات متفرقات كحصول اللبن فى المعدة، فلو حلبت المرأة مرة واحدة وأوجره الطفل خمس مرات متفرقات فالأصح أنه رضعة واحدة، وكذا عكسه إذا حلبته خمس مرات وأوجره مرة واحدة، ولو حلبته خمس مرات وأوجره خمس مرات من غير خلط حرم وكذا بعد الخلط على الأصح.

ويشترط أن يكون الجميع مما ذكرناه يقينًا انفصال اللبن فى حياة المرأة، وحصول المخلوط يقينًا، وحصوله فى معدة الحى أو دماغه يقينًا، وحصوله قبل انفصال الحولين

---

(١) المرجع فى تحديد الأشياء الشرع، كما فى تقدير السفر الطويل بكونه ستة عشر فرسخًا، فإن لم يوجد تقدير من الشرع، فالمرجع هو اللغة: كما فى تحديد الدقيق والخبز، والعرف: كما فى تحديد الزيت من الشيرج، وحرز المثل، وهذه المراجع قد تتحد، وقد تختلف، وقد يعتبر تقديم العرف على اللغة فى بعض الأبواب. ولا شك أنه ليس فى تحديد الرضعة نص شرعى، ولا ضابط لغوى، وحينئذ، فليرجع إلى العرف فى تحديد الرضعة، فما يعده العرف رضعة اعتبر شرعًا رضعة، وما لا فلا.

فمما يعد رضعة عرفًا: أن يعرض الرضيع عن الثَّدى إعراضًا كليًا، أو تعرض هى عن إرضاعه سواء عاد فورًا أم لا، وأن تقطع عليه الإرضاع لشغل، وطال الزمن، كما فى أصل الروضة، فهذه لو عاد عد رضعة أخرى.

ومما لا يعد رضعة واحدة عُرفًا ما لو ترك الرضيع الثدى لاهيًا، أو لتنفس، أو لازدراد ما اجتمع فى فمه، أو تحول من ثدى إلى آخر، أو قطعته المرضعة لشغل خفيف، أو نام نومًا خفيفًا، وعاد فورًا، وكذا لو طال نومه والثدى فى فمه؛ فكل هذه رضعة واحدة؛ لقضاء العرف بذلك، أما لو طال الزمن فلم يعد إلا بعد مدة طويلة عرفًا، تعدد الرضاع؛ اتباعًا للعرف.

ونظير هذا التفصيل ما قيل فى تحديد الأكلة؛ فمن حلف لا يأكل فى اليوم إلا مرة واحدة، وقطع الأكل إعراضًا أو لشغل طويل وعاد - تعدد الأكل؛ فيحنث، بخلاف ما لو أطال الأكل، وصار يتنقل من نوع إلى آخر، ويتحدث فى خلال الأكل، أو يأتى بالخبز عند نفاذه - لم يتعدد؛ فلا يحنث؛ لأن هذا فى العرف يعد أكلة واحدة.

هذا هو المدار فى تحديد الرضعة، ولا نظر إلى كونها مشبعة أو لا، حتى ولو كانت قطرة فى كل مرة حرّم، وتوقف الأذرعى فى ذلك متمسكًا بظاهر حديث: «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ العَظْمَ»، ومنع هذا التوقف بأن المدار على الشأن، وبأنه لا مانع من تأثير القطرة فى إنبات اللحم، خصوصًا مع انضمام بقية الرضعات.

(٢) فى أ: رضع.

(٣) فى أ: وإما بفصل.

(٤) فى أ: يفصل.

يقينًا، وحصوله خمس مرات يقينًا وأن ينفصل خمس مرات يقينًا، فلو حصل الشك فى شىء من ذلك لم يثبت التحريم.

[وقوله فى الحاوى: «حصول لبن امرأة حلب» إلى قوله: «يقينًا» فيه أمور:

أحدها: قوله: «حلب حياتها»، لو قال: انفصل حياتها لكان أشمل، لأن ارتضاع الطفل بالامتصاص لا يسمى فى العرف حلبا.

الثانى: قوله: «إن حصل كله»، لا يشترط حصول كله إذ ليس المراد إلا أن يتحقق حصول اللبن فى المعدة أو الدماغ، فإذا استهلك الماء اللبن مثلاً اشترط أن يشرب من ذلك ما يتيقن معه حصول شىء من اللبن فى جوفه، فلو بقى قدر اللبن أو قدر بعلم يقينًا أنه لو كان كل اللبن باقيًا فيه لتفاحش ظهوره، لغا؛ لعلمنا أن شيئًا من اللبن حصل فى معدته.

الثالث: قوله: «قبل الحولين»، قال ابن النحوى: مقتضاه أنه لو تم الحولان فى حال الرضعة الأخيرة أنه لا يحرم، وهو وجه، والأصح نعم][١].

وقوله: يحرم ولو من خمس كمستولدة ونسوة وإن بنَّ لا خمس بنات على أب من در له اللبن، وإن ادعاه وأيس من نسبه انتسب الرضيع.

أى: حصول اللبن فى المحل المذكور على ما وصفناه يحصل به التحريم بين الرضيع وبين صاحب اللبن.

وهو الذى ينسب إليه الولد الذى در عليه اللبن، سواء أكانت المرضعة فى نكاحه، أم لا، وسواء أكانت فى العدة، أم لا، ما لم تنكح زوجًا غيره، وإن طالت المدة وانقطع اللبن وعاد.

فإن نكحت غيره فذلك الحكم إلى أن تحبل، ويحتمل حدوث اللبن من الحمل، وأقل ذلك أربعون يومًا، ثم بعد ذلك لمن يكون اللبن؟ فيه أقوال: أظهرها أنه للأول ما لم ينفصل الحمل، وإن زاد اللبن بالحمل ثم حصوله فى معدة الطفل يحرم ولو كان من خمس أمهات أولاد لرجل، أو زوجاته وأمهات أولاده فيصير الرضيع ابنًا لصاحب اللبن وتثبت به الأبوة دون الأمومة، وذلك جائز كعكسه فيما إذا در لغير ذات زوج لبن وأرضعت طفلاً، وكما إذا أرضعته مرتين أو ثلاثًا بلبن رجل، ثم نكحت غيره وولدت منه وأرضعت بلبنه ذلك الولد إتمام الخمس ثبتت الأمومة دون الأبوة، ولو ارتضع الطفل من بنات رجل خمس رضعات أو بنات ابنه أو أخواته، لم يؤثر ذلك ما لم يستكمل من واحدة منهن خمسًا؛ لأن التحريم إنما[٢] يتعدى إلى الأب إذا ثبت أنه جد الرضيع، ولا يثبت إلا إذا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى أ: التحريم لهما.

ثبتت الأمومة.

وإنما تثبت الحرمة بين الرضيع وبين صاحب اللبن، إذا ثبت نسب[١] من در عليه اللبن منه، فإن كان من زنا أو منفيًا باللعان لم تثبت الحرمة بينهما، فلو استلحق المنفى باللعان لحق به الرضيع أيضًا.

وإن وطئ المرأة اثنان بشبهة وتنازعا الطفل عرض على القائف، فإن ألحقه بأحدهما لحق به الرضيع، وإن نفاه عنهما أو أشكل عليه انتظر بلوغ الطفل، فإن مات قبل أن ينتسب نظرت: فإن كان له أولاد انتسبوا، وتبعهم الرضيع، وإن لم يكن له ولد انتسب الرضيع إلى أحدهما؛ لأن الرضاع يؤثر فى الطباع، فقد يميل الإنسان إلى من ارتضع بلبنه بتشابه الأخلاق، واستشهد له بقوله ﷺ: «أنا أفصح العرب بيد أنى من قريش، ونشأت فى بنى سعد، وارتضعت فى بنى زهرة»[٢] وكانت هذه القبائل أفصح العرب، فافتخر بالرضاع كالنسب.

ومدار حرمة الرضاع على المرضعة والفحل الذى منه اللبن والرضيع فهم الأصول، وقد مر فى باب النكاح بيان من تنتشر إليه الحرمة من هؤلاء.

وقوله: ويدفع نكاحًا ولو بقوله: لا هى بعد رضا، بل المسمى ولا يسترده إن أنكر، وطالب مرضعة زوجتيه بنصف مهرى مثل وصغيرة دبت إلى موطوءة بمهر مثل، ولا شىء لها وقبلت شهادة أم من لم تدع، ومرضعة لم تدع أجرة.

أى: كما يحرم الرضاع النكاح فى الابتداء، يدفعه إذا طرأ عليه، فإذا أرضعت من يحرم بنتها[٣] على رجل امرأته الرضاع المعتبر اندفع نكاحها كما إذا أرضعتها أمه أو أخته أو بنته فإنها تصير بنتها.

ويندفع نكاح الزوج كما يمنع الصحة قبل النكاح، وكذا لو أرضعتها زوجة أبيه بلبن أبيه، أو ابنه بلبن ابنه، أو زوجة أخيه بلبن أخيه، فإن كان اللبن لغيرهم فلا حرمة لأنها تصير ربيبة الأب أو الابن أو الأخ، ولا يحرم عليه نكاح ربيبة أحدهم.

ويثبت الرضاع ببينة رجلين؛ أو رجل وامرأتين، أو أربع نسوة؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال غالبًا.

---

(١) فى ط: لبن.

(٢) أخرجه الطبرانى فى الكبير (٦/٣٦)، (٥٤٣٧) عن أبى سعيد الخدرى بنحوه وفى إسناده متروك.

(٣) فى ط: لبنها.

فلو ادعى إرضاعا[١]، ولم يثبت وأخذناه بإقراره، فيحكم بانفساخ النكاح إذا أمكن.

أما إذا قال شاب لأكبر منه: هى بنتى من الرضاع، فإنه لا يلتفت إليه.

وإذا انفسخ النكاح وجب لها المسمى إن كان قد دخل بها، وإلا فنصفه، وله تحليفها: أنها ما علمت بذلك.

فإن نكلت وهى غير مدخول بها، فلا شىء لها، وإلا نظرت: فإذا قالت: علمت قبل الوطء، فلا شىء لها أيضًا؛ لأنها بنتها[٢] بزعمها، والمعتبر فى حق مهر الشبهة من جهتها.

وإذا قالت: علمت بعده: فلها مهر المثل، فإن ادعت الرضاع دون الزوج نظرت:

فإن زوجت بإذنها، أو زوجت بالإجبار ومكنت الزوج من نفسها، فقد مر فى باب النكاح أن تمكينها رضا فلا يقبل قولها.

نعم يسمع دعواها للتحليف إذا ادعت نسيانًا ونحوه، ويندفع المسمى، ويجب مهر المثل إن وطأ، وإليه الإشارة بقوله: لا هى بعد رضًا، بل المسمى.

وإن لم تمكن المجبرة من نفسها، فالأصح أنه يقبل قولها فى ذلك بيمينها.

ويندفع النكاح والمسمى وفى مهر المثل إن وطئ ما سبق، وإن اندفع المهر بدعواها وكان قد سلمه إليها[٣] لم يكن له أن يسترده؛ لأنه ينكر الرضاع ويزعم أنها زوجته وأنها تستحق المهر.

وإذا كان لرجل زوجتان صغيرتان فأرضعتهما امرأة، فقد تكون المرضعة زوجة وقد تكون أجنبية، فإن كانت زوجة انفسخ نكاح الجميع؛ لأنه صار تحته زوجة وبنتاها، أما الكبيرة فتحرم على التأبيد لأنها أم من هى زوجته، وأما الصغيرتان فإن ارتضعتا من لبنه فهما بنتاه، وإلا فربيبتان.

فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها حرمتا على التأبيد، وإلا فلا يحرم إلا الجمع بينهما لأنهما أختان، وله نكاح إحداهما؛ لأن نكاح الأم قد اندفع، وهى ربيبة من لم يدخل بها.

وإن كانت المرضعة أجنبية حرمت، واندفع نكاح الصغيرتين؛ لأنهما اجتمعا فى نكاحه، وهما أختان سواء ارتضعتا معًا أو على التعاقب لكن لا ينفسخ نكاح الأولى حتى ترضع الأخرى.

ووجب على الزوج للصغيرتين كل نصف المسمى، ويجب على المرضعة نصف مهر

---

(١) فى ط: إرضاعها.

(٢) فى ط: زانية.

(٣) فى ط: إليه.

مثل كل منهما على الأظهر.

وفى قول: بالكل، وفى قول: بنصف المسمى، وفى قول: بكله.

وأما الكبيرة فيسقط مهرها إن لم يدخل بها، وإن دخل لزمه مهرها ولا يرجع عليها.

قال فى «العزيز»: قال الأئمة: ولا نقول يرجع عليها بمهرها، لأنها أتلفت عليه بضعها؛ لأن تغريمه وتمكينه من الرجوع إسقاط للمهر فتصير كالموهوبة.

وذلك من خصائص النبى ﷺ، وليس كما لو عرفت[١] الرجعة قبل انقضاء العدة، وأنكرت وصدقناها باليمين فنكحت زوجًا آخر، ثم صدقت الأول فى الرجعة حيث نغرمها للأول مهر المثل؛ لأن هناك النكاح الأول باق بزعمه وزعمها، إلا أنها حالت بينه وبينها باليمين.

ولذلك لو طلقها الثانى عادت إلى الأول من غير تجديد عقد فألزمناها ضمان الحيلولة، حتى لو طلقها الثانى أو مات وعادت إلى الأول لزمه رد المهر عليها، انتهى كلامه فى العزيز[٢].

ولو أرضعت ثلاث صغائر معًا اندفع نكاحهن أو مرتبا فكذلك[٣] إن كانت المرضعة زوجة أو غير زوجة وأرضعتهن بلبنه، فإن كانت أجنبية واللبن لغيره ولم تحرم الثالثة لأنها أجنبية، وقد اندفع نكاح أختها قبل نكاحها.

ولو كان له زوجة صغيرة فدبت بنفسها إلى زوجته الكبيرة الموطوءة وارتضعت[٤] منها وهى نائمة؛ وكذا ساكتة على الأصح كما قاله[٥] النووى فى «الروضة»، فلا مهر للصغيرة، وللكبيرة المسمى لأنها موطوءة ويرجع فى مال الصغيرة بمهر المثل، فإذا شهدت أم المرأة أو بنتها بالرضاع حسبة قبلت كما تقبل شهادة الأب بطلاق ابنته حسبة إذا لم تدع البنت الطلاق.

ويتصور شهادة البنت بأن يكون الزوج صغيرًا، فيشهد[٦] أن أمها أرضعته، وكذلك تقبل شهادة المرضعة، وإن كان لها أجرة إذا لم تطالب بها وأطلقت الشهادة.

وكذلك إذا قالت: أرضعته [وكذلك تقبل شهادة المرضعة وإن كان لها أجرة إذا لم

---

(١) فى ط: أقرت.
(٢) فى ط: كلام العزيز.
(٣) فى ط: كذلك.
(٤) فى أ: ورضعت.
(٥) فى ط: قال.
(٦) فى ط: فشهدت.

تطالب بها، وأطلقت الشهادة، وكذا إذا قالت: أرضعته][١] على الأصح لأنها وإن كانت شهادة[٢] على فعل نفسها إلا أنها لا تجر بهذه الشهادة لنفسها نفعًا، ولا تدفع بها ضررًا، بخلاف شهادة الحاكم، والقسام؛ لأن فعلهما مقصود وفعل المرضعة غير مقصود بالإثبات؛ لأن الشهادة بالحكم والقسمة يتضمن تزكية النفس لافتقارهما إلى العدالة، والإرضاع[٣] بخلاف ذلك.

[وقوله فى الحاوى: «لا بنات وأخوات ومتفرقات»، فيه أمور:

أحدها: أن قوله: «ومتفرقات» ؛ كالمستغنى عنه؛ لأنه يريد بالمتفرقات أن ترضع من بنت وأخت وبنت أخ وابن واحدة، ودخول هذا بعد ذكر البنات والأخوات من طريق الأولى.

الثانى: «وبقولها المهر»، ليس على إطلاقه على الأصح، بل ذلك إذا زوجت بإذنها أو بإجبار ومكنت الزوج من نفسها، أما إذا كانت مجبرة لم يمكن، فإن القول قولها بيمينها فى دفع النكاح فى الأصح؛ كما ذكره فى «العزيز» و «الروضة» فى الاختلاف فى باب الرضاع.

الثالث: قوله: «وبقولها المهر» أى: لا يسقط بقولها إلا المهر فقط، والمراد به: المسمى، وأما مهر المثل إن كان وطئها فيلزمه.

الرابع: أنه اقتصر على أن يسقط مهر صغيرة دبت، وأنه لا يجب على المرضعة غرم، وسكت عن تغريم التى دبت وارتضعت، والصحيح: أنه يرجع عليها بالغرم كما سبق][٤].

* * *

---

(١) مابين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: شاهدة.
(٣) فى ط: والارتضاع.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

النفقة[١]

وقوله: باب لزوجة - مكنت - ولو طفلاً، وإن عجزت عن وطء - لا بصغر - ولرجعية وحامل بانت بغير موت، وفسخ بمقارن، وإن مات.

أى: ويجب للزوجة بالتمكين لا بالعقد[٢] على الأظهر تمليك ما سيأتى، ويحصل التمكين بتسليم المرأة نفسها إلى الزوج الحاضر وإن كان غائبًا أنهت إلى الحاكم ذلك

---

(١) النفقة فى اللغة: قال الجوهرى فى الصحاح: نفق البيع نفاقًا؛ بالفتح؛ أى: راج. والنفاق - بالكسر -: فعل المنافق، والنِّفاق أيضًا: جمع النفقة من الدراهم، ثم قال: أنفقت الدراهم من النفقة.

وفى «القاموس»: النفقة، ما تنفقه من الدراهم ونحوها... ثم قال: وأنفق: افتقر، وماله: أنفده، كاستنفقه.

وقال صاحب «اللسان»: أنفق المال: صرفه، وفى التنزيل: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾ [يس: ٤٧]. أى: أنفقوا فى سبيل الله، وأطعموا وتصدقوا.

واستنفقه: أذهبه. والنفقة: ما أنفق، والجمع: نفاق. ثم قال: وقد أنفقت الدراهم؛ من النفقة، والنفقة: ما أنفقت، واستنفقت على العيال، وعلى نفسك.

والمستفاد من هذه النصوص: أن النفقة: اسم لما تصرفه من الدراهم أو نحوها على نفسك، أو غيرك.

والنفقة فى الاصطلاح:

فهى عند الشافعية:

طعام مقدر لزوجة وخادمها على زوج، أو لغيرهما من أصل، وفرع، ورقيق، وحيوان ما يكفيه.

ووهى عند الحنفية: الطعام، والكسوة، والسكنى.

وعرفًا هى: الطعام

وعرفها الحنفية - أيضًا - بأنها: الإدرار على الشيء بما به بقاؤه

وهى عند المالكية:

«ما به قوام معتاد حال الآدمى دون سرف» كما عرفها ابن عرفة

وهى عند الحنابلة:

كفاية من يمونه خبزًا، وأدمًا، وكسوة، ومسكنًا، وتوابعها

(٢) مما لا خلاف فيه بين العلماء أن استحقاق الزوجة النفقة له تعلق بعقد الزواج؛ لكنهم اختلفوا: أتستحق من حين العقد أم من حين التمكين، أم من حين الزفاف إلى منزل الزوج؟

فذهب الشافعى فى القديم، والحنفية فى ظاهر الرواية، وابن حزم الظاهرى: إلى أنها تستحق من حين العقد، وإن اختلفوا بعد ذلك فى استحقاق الصغيرة التى لا تطيق الوطء، وزوجة المعسر والناشز، ونحوها:

وذهب الشافعى فى الجديد، والمالكية، والحنابلة: إلى أنها لا تستحق إلا من حين التمكين بنحو عرض نفسها على الزوج، وإن اختلفوا فى بعض الشروط.

وذهب بعض متأخرى الحنفية: إلى أنها لا تستحق إلا من حين زفافها إلى منزل الزوج، وهو مروى عن أبى يوسف، واختاره القدورى؛ وليستْ فتوى الحنفية عليه.

ليكتب إلى حاكم بلده بذلك ليعلمه.

فإن توجه إليها أو بعث رسوله فذاك، وإلا فإذا مضى زمن يمكنه الوصول فيه فرض القاضى نفقتها فى ماله.

ولو لم تعرض نفسها على الزوج لم تجب نفقتها على الأظهر وإن كان حاضرًا، وإذا غاب الزوج بعد تسليم نفسها فالاستحقاق مستمر، وإن طال الأمد.

وتسليم الكبيرة التى يتأتى جماعها إلى الصغير الذى لا يتأتى جماعه موجب للنفقة، إذ لا منع من جهتها كما لو سلمت نفسها إلى كبير، فهرب.

والصغيرة لتعذر الاستمتاع بها كالناشزة، وأما من تعجز عن الوطء لعذر غير الصغر كالرتقاء والقرناء، فبالتسليم تجب نفقتها؛ لأن هذه أعذار دائمة، وهى معذورة فيها، وقد حصل التسليم الممكن والاستمتاع بها ممكن من بعض الوجوه[١].

وكذلك المريضة، والنحيفة، والمجنونة لوجود التسليم، وللرجعية حكم الزوجة فى وجوب النفقة والكسوة إلا آلة التنظيف لامتناع الاستمتاع.

ولا تجب للبائن نفقة إلا إذا كانت حاملاً لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] هذا إذا كانت البينونة بغير الموت، لا إن كانت بالموت[٢].

---

(١) إطاقة الزوجة الوطء شرط قال به جمهور العلماء؛ كأبى حنيفة، والشافعى فى أظهر قولَيْهِ، وأحمد، والحسن، والمزنى، والنخعى، وإسحاق، وأبى ثور.

فعلى هذا: لا نفقة للصغيرة التى لا تطيق الوطء؛ لصغرها، وذهب الشافعى فى أحد قولَيْهِ، والثورى، والظاهرية: إلى وجوب نفقة الصغيرة ولو فى المهد.

واختلفت المالكية: فمنهم من اشترط إطاقة الوطء مطلقًا، ومنهم من اشترطها فى غير المدخول بها، فمن دخل بها الزوج تجب عليه نفقتها، وهذا هو الذى استظهره البنانى والدسوقى.

وقال أبو يوسف صاحب أبى حنيفة: إن كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع بخدمتها، فسلمت نفسها إليه، فإن شاء ردها، وإن شاء أمسكها: فإن أمسكها فلها النفقة، وإن ردها فلا نفقة لها. ا هـ. واختاره بعض مشايخ الحنفية.

(٢) اختلف الفقهاء فى نفقة البائن الحائل وسكناها، على أربعة أقوال:

الأول: أنه يجب لها النفقة والسكنى جميعًا؛ وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه، وبه قال عمر ابن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، وابن شبرمة، وابن أبى ليلى، وعثمان البتى، والعنبرى، والحسن بن صالح، وهى إحدى روايات ثلاث عن أحمد؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾ [الطلاق: ٦].

الثانى: أنه لا يجب لها نفقة ولا سكنى؛ وهو ظاهر مذهب أحمد، وبه قال على، وابن عباس، وجابر، وفاطمة بنت قيس، وعطاء، وطاوس، والحسن، وعكرمة، والشعبى، والأوزاعى، وميمون ابن مهران، وعمرو بن ميمون، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وسائر أهل البيت.

=

لأنه إن كانت النفقة للحمل فنفقة القريب لا تلزم الميت وإن كانت للحامل فالحمل بسببها، فإذا لم تجب له لم تجب لها.

وكذلك إذا كانت البينونة بالفسخ بعيب مقارن للعقد، أو بغرور لا تجب ؛ لأن ذلك يرفع العقد من أصله، ولذلك لا يجب مهر قبل الدخول، ولا المسمى بعده على الأصح بل مهر المثل، وإذا وجبت النفقة للبائن الحامل على رجل فمات قبل الوضع، لم يسقط الوجوب على الأقيس عند الغزالى.

وهو الذى قاله الشيخ أبو على وقطع به فى الحاوى لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة كالرجعية بل تتم عدة الطلاق وكأن الطلاق أوجب هذه النفقة دفعة، فصارت كدين عليه.

وقوله: لا بعدة شبهة، ومنع استمتاع لزم، وخروج ولو ساعة بلا إذن، أو خلل منزل إلا للزيارة بغيبته وسفر دونه لا بإذن لحاجته، وتعود لغد بعود وعلم غائب بحكم قاض وإمكان عود وردة بعود.

أى: تجب نفقة الزوجة الممكنة والرجعية لا إن اعتدت من شبهة.

فإذا وطئ رجل امرأة بشبهة وهى فى نكاح لزمها أن تعتد عن الشبهة، ويحال بين الزوج وبينها كما فى سائر المعتدات.

وكذلك لو وطئها فى العدة لكن عدة الزوج تقدم إلا إذا حبلت من الشبهة، فإن عدتها تقدم وتسقط نفقتها ما دامت فى عدة الغير على الأصح، ولا نفقة لمن منعت الزوج من استمتاع يلزمها وهو الوطء ومقدماته.

فإن منعها ذلك نشوز، ونشوز المراهقة والمجنونة كنشوز البالغة العاقلة، هذا إذا كان التمكين لازمًا لها.

أما لو قالت: لا أمكنك من الاستمتاع إلا بالصداق، فإن لها النفقة كما ذكرناه فى الصداق بخلاف المدخول بها، فإنها لا تستحق الحبس وتسقط به نفقتها.

وكذلك إذا منعته الوطء لعبالته وتضررها بوطئه لم تسقط نفقتها فإن أنكر العبالة، فلها إثباتها بشهادة أربع نسوة لا أقل.

ولا بأس بنظرهن إليهما عند اجتماعهما ليشهدن، وليس لها أن تمتنع من الزفاف بعد

= الثالث: أنه يجب لها السكنى دون النفقة؛ وهو مذهب مالك، والشافعى؛ وبه قال ابن عمر، وعائشة، وفقهاء المدينة السبعة، وهو رواية عن أحمد؛ عملًا بمفهوم قوله تعالى ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

الرابع: أنها يجب لها النفقة دون السكنى؛ وهو مذهب الهادى، والمؤيد بالله من الشيعة.

العبالة[١] بخلاف المرض؛ لأنه ينتظر زواله فلها الامتناع حتى تبرأ.

وإن قال: لا أطؤها، لم يؤتمن، وإن قالت: لا أمكن إلا فى بيت عينته كانت ناشزًا إلا أنه إن كان يدخله متى شاء، ويطؤها فيه فإن ذلك رضًا.

هكذا نقله القمولى فى الجواهر قاطعًا به فيما إذا امتنعت من النقلة.

ولو مكنت من الوطء ومنعت من استمتاع دون استمتاع سقطت نفقتها على الأصح، كما لو سلمت نفسها فى وقت دون وقت.

وكذلك تسقط إذا خرجت من بيته بغير إذنه وبغير تقصير منه فإن لم يأذن فى الخروج ولكن كان خروجها لتقصيره مثل أن كان البيت بأجرة، أو مستعارًا وانقضت المدة، أو رجع المعير وأزعجها فخرجت لم تسقط. وكذلك إذا خشيت هدمًا أو غرقًا. أما لو حبست بحق، أو ظلمًا لم تجب نفقتها؛ ذكره النووى فى زياداته، وغيره أيضًا، ولو كانت تخرج من البيت لحاجتها بعض اليوم وتقيم الباقى سقطت نفقتها أبدًا.

ولا تسقط على الأصح كما فى تسليم سيد الأمة بالليل دون النهار؛ لأن نفقة اليوم لا تتبعض، بدليل أنه يجب تسليمها دفعة، فإذا خرجت فى يوم - ولو ساعة - سقطت نفقتها فيه، نعم لو خرجت فى غيبة الزوج إلى بيت أبيها للزيارة والعيادة لا على وجه النشوز لم تسقط نفقتها، نقله فى «الروضة» عن البغوى، وإن خرجت للسفر وحدها سقطت نفقتها إن كان بغير إذنه.

وكذا إن كان بإذنه، ولكنها خرجت لحاجتها، فإن كان بإذنه لحاجته لم تسقط، وكذا إن خرج معها سواء كان فى حاجته أو حاجتها بإذن، أو بغير إذن.

وإن كان الزوج حاضرًا أو عادت إليه فى يومها وجبت نفقة الغد لا اليوم.

وإن كان غائبًا، فإن بعثت وكيلاً يثبت طاعتها وتسليم نفسها عند حاكم بلده، أو تثبت ذلك عند قاضى بلدها ثم ينهيه إلى قاضى بلده ليعلمه.

فإن علم وخرج حين علم، فذاك وإلا قدر له القاضى مدة الرجوع ثم ينفق عليها من ماله.

وإن ارتدت الزوجة سقطت نفقتها.

فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة عاد وجوب النفقة من الغد، كحاله قبل النشوز سواء كان الزوج غائبًا، أو حاضرًا بخلاف الناشزة لأنها خرجت عن يد الزوج.

---

(١) فى ط: لتعذر العبالة.

وهذه لم تخرج عن يده، وإنما قلنا: تعود من الغد؛ لأنها إذا نشزت بعض اليوم سقطت نفقة ذلك اليوم، والمرتدة كالناشزة.

[وقوله في الحاوي: «يجب للممكنة» إلى قوله: «وحكم القاضي ورجوعه»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «إلى أن بانت بالموت» لا تبن المرأة من زوجها بموته، لأنها ترث منه ويجوز لها تغسيله والنظر إليه، ولو كانت بائنًا لما جاز لها ذلك، فمن مات عنها زوجها وهي حامل لا تكون من مقتضيات قول الحاوي والله أعلم.

أو بالفسخ بالغرور أو بالعيب المقارن للعقد، فإنها لا نفقة لها؛ كما بيناه.

الثاني: قوله: «أو حبلت من شبهة»، معناه: أنه تجب النفقة للممكنة لا إن حملت من الشبهة، فاقتضى أنها إذا كانت معتدة من الشبهة بغير حمل أنه يجب نفقتها، وليس كذلك؛ كما ذكره في «الروضة» من زياداته حيث قال: ولو حبست ظلمًا أو بحق فلا نفقة كما لو وطئت بشبهة واعتدت، وقطع به في «البيان» و «الشامل» وحاوي الماوردي.

ذكروه فيما إذا نكحت زوجة المفقود بعد أربع سنين، وقلنا بالجديد أن نكاحها باطل.

الثالث: قوله: «وأكلت»، لو أخَّر هذه وأتى بها عند ذكر قدر الواجب من النفقة كان أولى، فإن ذكرها يقتضي المواكلة يمنعها وجوب الكسوة وسائر الحقوق؛ كما في الحمل من الشبهة والنشور.

الرابع: قوله: «وأكلت معه»، ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كانت رشيدة أو رأى الولي المصلحة لها في ذلك وأذن لها جاز.

الخامس: قوله: «أو منعت الوطء»، ليس هذا على إطلاقه، بل العاجزة عن الوطء لعبالة الزوج، أو لكونها نضوة؛ لا تسقط نفقتها بالمنع، وهو لا يرد على «الإرشاد»؛ لأنه قال: «وإن عجزت عن الوطء» وفي الحاوي خصص الرتقاء والمريضة والمجنونة، وسكت عما سوى ذلك.

السادس: أنه أطلق القول بسقوط النفقة إذا منعت الاستمتاع، وليس على إطلاقه بل ذلك إذا وجب عليها التمكين، أما إذا كان الصداق حالًا وحبست نفسها لاستيفائه، فإن نفقتها لا تسقط، ذكره في «العزيز» و «الروضة» وغيرهما.

السابع: قوله: «أو لغرضها» يقتضي أنها إذا استأذنته في الخروج لزيارة أو تناول حاجة لها أن نفقتها تسقط إذَا لم يخرج معها وهذا غريب، فإن الأصحاب لم يسقطوا النفقة مع الإذن إلا بالسفر لحاجتها؛ لفوات التَمكين بعدم صحبته لها.

الثامن: أنه لم يذكر متى يعود وجوب النفقة إذا كان حاضرًا فإن قيل: مفهوم اشتراط

علم الغائب ومدة عوده تقتضى أن وجوب النفقة تعود بمجرد عودها إلى الحاضر.

قلنا: يلزم على هذا: أنها إذا عادت فى بعض اليوم وجب عودة نفقة البقية؛ لأنه لم يصرح بنفى التقسيط بل قوله: وبعض يوم لا يفهم منه إلا أنها تصير بذلك ناشزة فقط.

التاسع: أنه سكت عما إذا سافرت بغير إذنه وهو معها، بل ربما يفهم من فحوى كلامه أنها تسقط، وليس كذلك كما صرح به فى «العزيز» و «الروضة» فى أوائل قسم الصدقات، ذكره فى أن المرأة لا تعطى مع الزوج وقال: لأنها إذا سافرت بإذنه فهى مكفية المؤنة، وإن سافرت بغير إذنه فالنفقة عليه؛ لأنها معه هكذا قالوه، ولا تعطى مؤنة السفر؛ لأنها عاصية بالخروج، هذا لفظه نقله فى «المهمات» عنه.

قلت: ومثل هذا ما نقله القمولى فى الجواهر من أنها إذا امتنعت من النقلة معه لم تجب النفقة إلا إذا كان يستمتع بها فى زمن الامتناع فيجب فيصير استمتاعه عفوًا من النقلة حينئذ][1].

وقوله: ومخالفة بصوم، وصلاة نفلاً، ونذر عدوًا، وموسع لا مكتوبة وراتبة كصوم عرفة وعاشوراء.

أى: وتسقط نفقة الزوجة بمخالفة أمر الزوج فيما له منعها منه مما يفوت الاستمتاع، فله منعها من صوم النفل، أو صلاته فإن خالفت أمره وفعلت فهى ناشزة تسقط نفقتها فى ذلك اليوم الذى صامته أو صلت فيه.

وله أن يكلفها الإفطار من صوم النفل والنذر، والعدو على الأصح، كما إذا نذرت صوم يوم معين بغير إذنه وهى فى نكاحه.

قال الماوردى: وهذا فى صدر النهار، أما فى آخره فلا؛ لقرب زمان التمكين، وتشبه تلك البقية بزمان الأكل والطهارة.

واستحسنه الرويانى وسكت عنه الأكثرون، نعم إن دخلت فيه بإذنه لم يكن له منعها، وكذلك يمنعها من الصلاة إذا تعينت بالنذر العدو؛ لأن حقه سابق.

وكذلك يمنعها من أداء الواجب الموسع كقضاء الفرائض، وقضاء صوم رمضان، وأداء الصوم والصلاة المنذورين نذرًا مطلقًا غير معين فى زمان سواء كان قبل النكاح أو بعده بإذنه أو بغير إذنه.

وأما إذا تضيق الواجب كصوم رمضان فليس له منعها.

وكذلك إذا تضيق القضاء كما إذا لم يبق عن رمضان الثانى إلا قدر أيام القضاء فإنها

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

يتعين عليها الصوم.

ولا يجوز له منعها ولا تسقط بصومها نفقتها،[وكذلك إذا أفطرت عدوانًا، أو فوتت الصلاة باختيارها فإن القضاء يجب على الفور، فلا تسقط بها نفقتها][١]، وقيل تسقط؛ لأن سبب التضييق تقصيرها، والصحيح الأول.

ويستثنى من الموسع المكتوبات الخمس، فليس له منعها من المبادرة بها أول الوقت لضيق وقتها، ولما فى فعلها أول الوقت من الفضيلة بخلاف الحج، وألحق بالسنن المكتوبة السنن الرواتب، كما ألحق بصوم رمضان صوم عرفة وعاشوراء بخلاف الاثنين والخميس.

ولم يذكر الحج اكتفاء بما سبق من كونه سفرًا لحاجتها، فإن كان بإذنه ولم يكن معها فلا نفقة لها وإن كان معها وجبت.

وإن كان بغير إذنه وخرج معها قالوا تجب نفقتها؛ لأنه قادر أن يحللها، وقيل لا تجب كما لو نشزت وهو قادر على أن يردها على الطاعة، والصحيح هو الأول.

[وقوله فى الحاوى: «أو صامت وصلت» إلى قوله: «يمنعه» فيه أمران:

أحدهما: قوله: «أو نذرًا» معطوف على قوله: «نفلاً»، فيكون معناه: أو صامت نفلاً أو صلت نذرًا بعد النكاح، فيكون قوله بعد «يمنعه» متعلقًا بـ «صامت أو صلت»؛ فيلزم منه إذا منعها من صوم يوم نذرته بعد النكاح سواء كان بإذن أو بغير إذن وخالفت، سقطت نفقتها، وليس كذلك على الإطلاق، بل إذا أذن لها فى نذر صوم معين فصامته لم تسقط نفقتها.

الثانى: قوله: «بعد النكاح» يقتضى أن ما نذرته قبل النكاح ليس له منعها منه مطلقا، وليس كذلك، بل له منعها من غير النذر المعين كما بيناه][٢].

وقوله: صبح كل يوم على مسكين، ومكتسب، ومن به رق مد حب من غالب قوت البلد، ثم لائق به بأدم وإن لم تأكله ولحم اعتيد، ومؤنة وآلة وماء شرب وغسل منه. وموسر ضعف ومد ونصف لمن يتمسكن به إن لم تؤاكله رشيدة ولا تبدل.

أى: ويجب لزوجة – مكتسب[٣] – مد حب صبح كل يوم فى مقابلة التمكين وتمليكه[٤] بالتسليم إليها، ولها المطالبة به عند طلوع الفجر، ولا يلزمها الصبر؛ لأن الواجب هو الحب فتحتاج إلى الطحن والخبز، ولا يتهيأ الانتفاع به وقت الحاجة إلا بالتسليم أول

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: مكنت.
(٤) فى ط: تملكه.

النهار[١].

ومن عبر بوجوب التمليك لم يرد أن ذلك يتوقف على لفظ التمليك بل تسليم ذلك عما عليه كاف كتسليم سائر الديون، ونبهوا بذلك على التفريق بينها وبين نفقة القريب؛ لأن نفقته امتناع تسقط بمضى الزمان وبالأكل مع غيره، ولا يجوز أن يملكها غيره إذا أعطيها[٢] وإن تلفت وجب إبدالها، لكن إذا كان هو المتلف ثبتت فى ذمته إلى أن يوسر، فلهذا قالوا فى حق الزوجة تملك[٣] كذا.

وقدر الواجب يختلف بيسار الزوج وإعساره، ولا ينظر فيه إلى الكفاية، ولا إلى حال المرأة فى قلة الأكل وكثرته، ولا إلى شرفها ومنصبها بل تجب لبنت الرفيع ما تجب لبنت الوضيع[٤]. والذى يجب تسليمه من الطعام هو الحب لا الخبز والدقيق.

---

(١) اختلف الأئمة فيما يجب للزوجة من النفقة، بمعنى الطعام، أهو مقدر أم تابع لكفايتها؟:
فذهب الجمهور - ومنهم أبو حنيفة ومالك وأحمد والشافعى فى قول -: إلى أنه لا يتقدر بقدر معين، وإنما يكون بحسب كفاية الزوجة.
وذهب الشافعى - فى المشهور عنه -: إلى أنه مقدر يختلف قدره باختلاف حال الزوج: فعلى الموسر مدان، وعلى المعسر مد، وعلى المتوسط مد ونصف كل يوم، من غالب قوت محل الزوجة، سواء أكان حبًا: كالقمح والشعير، أم غيره: كالأقط واللبن.
هذا إذا لم تأكل عنده، فإن أكلت كفايتها عنده على العادة، ففيه وجهان للشافعية:
أصحهما: سقوط نفقتها بذلك، ما لم تكن أمة لم يأذن لها سيدها، أو محجورًا عليها لم يأذن لها وليها.
وقال القاضى أبو يعلى الحنبلى: هو مقدر لا يختلف قدره، وهو رطلان من الخبز فى حق الموسر والمعسر، لكن تختلف صفته وجودته باختلاف اليسار والإعسار

(٢) فى ط: أعطتها.

(٣) فى ط: تمليك.

(٤) مما لا نزاع فيه بين العلماء أن النفقة الواجبة على الزوج لزوجته تختلف باليسار والإعسار، بيد أنهم اختلفوا فيما يراعى فى ذلك من حال الزوجين أو أحدهما على مذاهب:
أحدها: أنَّ المراعى فى ذلك حال الزوج فقط؛ وإليه ذهب الكرخى من الحنفية، وهو ظاهر الرواية عندهم، وقال به جمع كثير من مشايخهم، ونص عليه محمد، وصحَّحه صاحبا «التحفة» و «البدائع»، وهو - أيضًا - مذهب العترة، وابن حزم الظاهرى.
ثانيها: أن المراعى فى ذلك حال الزوجة فقط؛ وإليه ذهب بعض الناس؛ كما نقله صاحب «الفتاوى الخانية» من الحنفية، ولم أر تفسير هذا البعض. وحكى صاحب «المغنى» الحنبلى هذا المذهب عن أبى حنيفة ومالك؛ وفى ذلك نظر.
ثالثها: أن المراعى فى ذلك حال الزوجَيْنِ جميعًا؛ وإليه ذهب مالك وأحمد والخصاف من الحنفية، وصحَّحه صاحب «الولوالجية» منهم، قالوا: وعليه الفتوى: فلو اتفق الزوجان يسارًا وإعسارًا، وجبتْ نفقة مناسبة لحالهما، ولو اختلفا، وجبَتْ نفقة وسطى؛ لكن لو كان الزوج معسرًا، أدى ما يستطيع، وصار الباقى دينًا فى ذمَّته عند الخصاف، ومَنْ وافقه من الحنفية؛ وهو منقول عن القاضى الحنبلى.
=

ويجب أن يكون من غالب قوت البلد من بر أو شعير أو ذرة أو تمر أو غير ذلك، حتى يجب من الأقط على ما يقتاتونه.

فالمسكين الذى لا يملك شيئًا، أو يملك ما يخرجه عن استحقاق سهم المساكين يجب لزوجته عليه مد صبح كل يوم.

والقادر على الكسب له حكم المسكين، وإن منعه الكسب عن استحقاق سهم المساكين.

وكذلك الرقيق والمكاتب والمبعض لنقصه بالرق وإن كثر ماله ببعضه الحر وإلى ذلك أشار بقوله: ومن فيه[١] رق.

فإن لم يكن فى البلد قوت غالب وجبت[٢] مما يليق بحال الزوج.

ويجب لها مع ذلك الأدم المعتاد فى البلد من الزيت أو السمن أو اللبن أو التمر أو الخل أو الجبن، ومن اللحم ما جرت به العادة أيضًا.

ويجب الأدم وإن كانت تزجى الوقت بأكل[٣] الخبز القفار؛ وهو الذى لا أدم معه.

والأدم لا يتقيد بل يجب ما يحتاجه المد، فيفرضه القاضى على المعسر، ويفرض ضعفه على الموسر، والمتوسط بينهما بنسبة الحب.

ويجب لامرأة الموسر مدان من الحب، ومن كان متوسطًا وهو ممن يخاف أن يرده تسليم المد[٤] إلى المسكنة فيحط عنه ربع ما على الموسر من حب وأدم، فيجب عليه مد ونصف، وإن طلب أن يأكل معها[٥]، أو طلبت هى ذلك لم يلزم أحدهما إجابة الآخر

= والذى جزم به الموفق وغيره من الحنابلة - ونقل عن القاضى أيضًا -: أنه يسقط ما زاد على نفقة المعسر، ومقتضى المعتمد عند المالكية: سقوط ما لا يستطيعه، وعن بعضهم: أنه لا يجب ابتداء فى هذه الحالة إلا نفقة الإعسار.

فأما مذهبنا ففيه التفصيل بين الطعام والكسوة والسكنى: فالطعام يراعى فيه حال الزوج فقط، والكسوة: يراعى فيها حال الزوجين: بأن يعتبر ما اعتيد فى مثله مع مثلها، والسكنى: يراعى فيها حال الزوجة فقط: بأن يعتبر ما يليق بها، وهذا مذهب الشافعى، كما استقر عليه رأى الرملى وابن حجر وغيرهما.

وظاهر كلام «المنهاج»: أنه يراعى فى الكسوة حال الزوج فقط، مع كفاية الزوجة.

وفى «الشرح الكبير» للرافعى: أنه يراعى فى المسكن كونه لائقًا بها، مع التفاوت فيه بيسار الزوج وإعساره، فالمعتبر فيه حالهما.

(١) فى ط: به.
(٢) فى ط: وجب.
(٣) فى أ: تأكل.
(٤) فى ط: المدين.
(٥) فى ط : أن تأكل معه.

إليه، نعم إن تراضيا وكانت ممن يعتبر رضاها، أو رضى لها الولى بذلك حيث مصلحة وأكلت معه سقطت نفقتها على الأصح لجريان الناس على ذلك فى سائر الأمصار.

فإن لم يأذن ولى غير الرشيدة كان الأكل تطوعًا منه وبقيت النفقة فى ذمته.

ويجب عليه إصلاح الطعام بتسليم مؤنة الطحن والخبز والطبخ وما يطبخ به.

ويجب لها الماء لشربها ولغسل وجب عليها بسببه، كالغسل من الجماع والنفاس، لا من الحيض والاحتلام.

وإن تبرمت بأدم لم يجب إبداله على الصحيح؛ لأنها تملكه فتتصرف به وتشترى غيره.

[وقوله فى الحاوى: «صبحة كل يوم» إلى قوله: «ورطل لحم فى الأسبوع»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «تمليك» لا يعنى أنه يتوقف على لفظ التمليك بل يكفى أن يسلمه إليها بقصد أداء ما يجب كسائر الديون، ولا يكون بقصد الإمتاع؛ كما فى نفقة القريب.

الثانى: قوله: «على مسكين»، يرد عليه المكتسب كفايته، وأنه لا يسمى مسكينًا، ولهذا لا يأخذ من سهم المساكين.

الثالث: قوله: «ممسوس الرق» أراد فيه رق وإلا فممسوس الرق يقع على من مسه الرق، ثم عتق.

الرابع: قوله: «ورطل لحم فى الأسبوع» تبع فيه الإمام الشافعى - رحمه الله - على عادة أهل مصر لعزة اللحم عندهم، أما حيث يكثر فيزداد قدر العادة][1].

وقوله: وإخدام حرة تخدم، ولو بحرة لا نفسه، ولمن عينتها مد بأدم، وكسوة عادة، ومد وثلث ليسار، لا تخدم هى ولها قميص وخمار وسراويل ومكعب ومضربة ومخدة ولبد أو حصير مع جبة ولحاف بشتاء كالعادة، ومشط ودهن ومرتك وأجرة حمام تمليكًا وسكنى لائق بها ولو عارية وفى عدة.

أى: ويجب على الزوج أن يمتع زوجته بخادمة إما بأمة له أو بحرة يستأجرها.

ويشترط كون الخادم امرأة أو صبيًا أو محرمًا لها أو مملوكها، فإن أخدمها من عينته ممن تصحبها من حرة أو أمة لزمه لها نفقة الخادم، وهى مد صبح كل يوم من جنس طعام المخدومة، والأدم ما جرت به العادة للإماء[2].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) مذهب الشافعية أن الإخدام يجب فى صورتين:

الأولى: أن تكون الزوجة ذات قدر، وذلك بأن تكون حرة مع جريان عادة البلد بأن مثلها لا يليق بها إلا أن تُخْدَمَ فى بيت أبيها، وإن لم تخدم بالفعل لِبُخْلِ أبيها أو طَرَقَ إعساره أو نحو ذلك. =

. . . .

= وفى هذه الصورة لا يجب أكثر من خادم واحد؛ لأنه يكفى لخدمتها.

الثانية: أن تحتاج للخدمة؛ لمرض أو زمانة، ولو كان شأنها أن تخدم نفسها، ولو كانت أمة. وفى هذه الصورة يجب ما تدعو الحاجة إليه.

وشرط الخادم فى الخدمة الباطنة، حل النظر من الجانبين؛ كأن يكون امرأة، أو مَحْرَمًا، أو مملوكًا، أو صبيًّا غير مراهق.

ثم إن أخدمها بحرة، أو أمة بأجرة، فليس عليه سواها، وإن أخدمها بأمته، أنفق عليها، كما ينفق على سائر مماليكه، وإن أخدمها بِمَنْ صحبها للخدمة، لزمه مؤنته اللائقة به طعامًا وكسوة وفراشًا وغيره، ما عدا آلة التنظيف؛ لأنَ اللائق به أن يكون أشعث، لئلا تمتد إليه الأعين، إلا إنْ كثر وسخه، أو تأذى بالقمل، فيجب حينئذ أن يرفه بما يزيله من نحو مشط ودهن.

ثم إن الواجب له من غير الكسوة يكون أقل من واجب الزوجة فى النوع، ومن الكسوة يكون أقل فى الجنس والنوع. ويجب من القوت مد وثلث على الموسر؛ لأنه ثلثا ما يجب لزوجة الموسر، ومد على المتوسط؛ لأنه ثلثا ما يجب لزوجة المتوسط، ومد - أيضًا - على المعسر؛ لأنه لا تقع الكفاية بما دونه، ويجب من الأدم ما يناسب القوت.

قال ابن حزم الظاهرى فى «المحلَّى»: وليس على الزوج أن ينفق على خادم لزوجته، ولو أنه ابن الخليفة، وهى بنت خليفة، إنما عليه أن يقوم لها بمن يأتيها بالطعام والماء مهيأ ممكنًا للأكل غدوة وعشية، وبمن يكفيها جميع العمل من الكنس والفرش، وعليه أن يأتيها بكسوتها كذلك؛ لأن هذه صفة الرزق والكسوة.

وقد خالف ابن حزم فى ذلك فقهاء المذاهب الأربعة.

فمذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية فيما ذكر، إلا فى أمرين:

أحدهما: أنهم لم يقولوا بتعدد الخادم.

ثانيهما: أنه لو أنفق على الخادم، فالواجب له مثل نفقة زوجة المعسر، ومعلوم أنه لا تقدير عندهم.

وذهب المالكية إلى وجوب الإخدام فى صورتين:

إحداهما: أن يكون الزوج ذا سعة، والزوجة ذات قدر، وليس شأنها الخدمة.

ثانيهما: أن يكون الزوج ذا سعة وذا قدر، بحيث تزرى خدمة زوجته إياه.

قالوا: ولو احتاجت الزوجة لأكثر من خادم واحد فى الصورتين، لزمه ذلك على المشهور؛ خلافًا لابن القاسم؛ حيث قال: لا يلزمه أكثر من خادم.

قالوا: ويحصل الإخدام بنفسه أو بمملوكته أو كراء خادم له، أو الإنفاق على خادمها. ولم أر فيما راجعته فى كتبهم ماذا ينفق على الخادم؟.

وقال الحنفية: إذا كان الزوج موسرًا، وكان للزوجة مملوك ملكًا تامًّا، وكان يخدمها، وكان واحدًا - فعلى الزوج نفقته، فإن كان الزوج معسرًا، لم يجب عليه نفقة الخادم عند الشيخين خلافًا لمحمَّد، وإن كان موسرًا، ولم يكن لها مملوك - لم يجب على الزوج كراء من يخدمها؛ لكن يلزم أن يشترى لها ما تحتاجه من السوق، ويلزمه - أيضًا - أن يأتيها بمن يكفيها الطبخ ونحوه، إذا كانت ممن لا تخدم أو لا تقدر.

وإن كان لها مملوك، ولكن لا تملكه ملكًا تامًّا بأن كانت مكاتبة، أو تملكه ملكًا تامًّا ولكن لم يخدمها، لم تجب على الزوج نفقته، وإن كان متعددًا، لم تجبْ إلا نفقة واحد؛ عند أبى حنيفة ومحمد، لكن إذا احتاجَتْ لأكثر من واحد؛ لأجل أولاده - فعليه نفقة الجميع اتفاقًا. =

واعلم أن المعتبر حال المرأة فى أمر الخادمة، فليس للأمة خادمة لنقصها بالرق، فيشترط فى المخدومة أن تكون حرة، وأن تكون عادتها أن تخدم فى بيت أبويها[(١)].

ولا اعتبار برفعتها وحالها فى بيت الزوج، ويلزم المعسر الإخدام كما يلزم الموسر.

والخادمة وإن كانت ملكًا للزوج أو مستأجرته فمؤنتها عليه.

وإن كانت أمة للمرأة أو صاحبة لها، فهذا موضع اشتراط نفقة الخادم فيجب لها ما ذكر.

ولا تزاد على خادم واحد، وإن ارتفعت مرتبتها، ولا يجب تمليكها الخادم، فلو قالت: أنا أخدم نفسى وآخذ أجرة الخادم لم يلزمه الإجابة.

وإن خدمت نفسها لم تستحق شيئًا، لكن يجوز الاعتياض عن نفقة الخادم كما يجوز فى النفقة، ولو قال الزوج: أنا أخدمها لم يلزمها القبول على الأصح؛ لأنه لا يمكنها أن تستوفى المنفعة منه حياء، ولأنها تعير بخدمته، والأصح أن مؤنة الطعام عليه، وأن الخبز والطبخ الذى يختص بها من وظيفة خادمها؛ وأن لها عليه آلة الطبخ من القدر والمغرفة وأوانى الطعام والشراب من خشب أو حجر أو خزف.

وإن كان الزوج موسرًا وجب عليه للخادمة مد وثلث؛ لأن نفقة الخادمة على المتوسط ثلثا نفقة المخدومة، فناسب أن تكون نفقة الخادمة على الموسر ثلثى نفقة المخدومة.

ونفقة خادمة المعسر لا تنقص فى الحب عن المخدومة؛ لأن دون المد لا يحصل به قوام البدن.

= وروى صاحب «الإملاء» عن أبى يوسف: أن المرأة إذا كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد، أنفق على ما لابد لها منه من الخدم، ورويت عنه روايات أخرى.

ثم الواجب للخادم هو ما يكفيه بالمعروف، ولكن لا تبلغ نفقته نفقتها؛ لأنه تبع لها.

هذه خُلَاصَة كلام الفقهاءِ فى الإخدام، ولا أرَى داعيًا إلى الإطالة بأدلَّة كُلِّ فريق على التفاصيل التى ذَهَبُوا إليها. وإنَما أذكر - هنا - ما استدلوا به على أصل المسألة، فأقول:

- استدل ابن حزم على منع الإخدام بقوله: لم يأت نص قط بإيجاب نفقة خادمها عليه، فهو ظلم وجور. ا هـ. وفيه نظر.

- واستدل الجمهور على وجوب الإخدام، ونفقة الخادم فى الجملة بقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النساء: ١٩]، ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها الزوج من يخدمها، إذا كان ذلك معهودًا.

أقول: هذا دليل أوضح من أن يشك فيه أو يتنازع، فإن القرآن رد الحكم فى هذه الصورة إلى العرف، فلم يحتجْ إلى نَصٍّ خاصٍّ؛ وحينئذ يستفتى العرف، فإن قال: إن الزوجة ذات القدر أو المريضة تخدم فى بيت زوجها بالنفقة أو الأجرة بخادم أو أكثر، كان هذا عملًا بالقرآن، وكان إنكاره من الشذوذ بمكان.

(١) فى أ: أبيها.

ويجب للزوجة الممكنة الكسوة، وهى تختلف باختلاف البلاد[١] فى جنسها ونوعها وحال الزوجات طولًا وقصرًا ونحوه، فيجب لكل كفاية لائقة، ولا يختلف عددها بيسار الزوج وإعساره، بل تختلف صفتها، فيجب لها فى الصيف خمار وقميص وسراويل وما تلبسه فى الرجل من مكعب ونحوه هذا مرادهم بالمكعب، وأما فى صحاح الجوهرى فإن المكعب نوع من الثياب.

ويضيف إليها فى الشتاء جبة محشوة لدفع البرد، ويكون ذلك من غليظ الكتان أو القطن للفقير، ومن رفيعه للموسر، والمتوسط ما بينهما، وإن اعتادوا الحرير كان ذلك منه.

وعلى الجملة فالرجوع فى ذلك إلى العادة، إلا أنهم إذا كانوا فى بلد قوم عراة لا يلبسون شيئًا، قال الماوردى: فى ذلك هتك عورة فيؤخذن فى حق الله تعالى: بخلاف من لا يلبسن فى أرجلهن شيئًا، فإنه لا يجب لها فى الرجل شىء، انتهى.

وقد علمت أن قدم المرأة من العورة، ولكنه ليس بعورة فى البيوت فيؤخذ من ذلك أنه لا يجب عليه القميص فى البلد الذى عادة نسائه الإزار والخمار؛ لأنه لا يلزمها ستر كل بدنها فى البيت لكن[٢] يجب أن يكون الإزار والخمار واسعين تتلفع بهما فيسترانها فى الصلاة.

ويجب لها ما تفترشه فى البيت لتقعد عليه، فإن اعتادوا فراش الحصير أو اللباد لزمه، وإن افترشوا فى الشتاء اللباد وفى الصيف الحصير لزمه، ويلزمه فراش للنوم من مضربة ونحوها ولا يجب ذلك على أهل الأقطار والقرى الذين تعودوا الاكتفاء بالنوم على الفرش[٣] المستعملة لجلوسهم، وإن كان عادتهم السرير[٤] كما فى بعض بلاد اليمن لزمه ذلك.

ويجب لها ما تحتاج إليه من آلة التنظيف من المشط والدهن وما تغسل به الرأس من السدر ونحوه، فإن جرت عادة بدهن الزيت والشيرج اتبع ذلك.

وكذا إن جرت عادة بالدهن المطيب بالبنفسج والعود ونحوه بحسب العادة صفة ووقتًا كفى الأسبوع مرة أو غير ذلك.

فإن طلبت مزيدًا على التنظيف من التزيين بالكحل والخضاب لم يجب، ولا يلزمه

---

(١) فى ط: البلد.
(٢) فى ط: لكنها.
(٣) فى ط: الفراش.
(٤) فى ط: عادتهن السُّرُر.

الطيب، ويلزمه ما يقطع السهك[١] عن الجسد كالمرتك ونحوه، وتجب لها أجرة الحمام إذا اعتيد ذلك على الأصح، سواء فى ذلك زمن البرد وغيره على الأصح بحسب العادة.

ويجب لها مسكن بملك، أو استئجار، أو استعارة.

والنظر فى المسكن إلى ما يليق[٢] بها على الأصح بخلاف النفقة والكسوة فإن العبرة فيها بحاله.

ويجب إسكان المعتدة سواء كانت بطلاق أو فسخ أو موت على المذهب.

[وقوله فى الحاوى: «وإخدام حرة تخدم» إلى قوله: «سكنى ملك أو عارية أو إجارة»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «ورطلين»: يعنى ورطلين من اللحم للموسر، وقد بينا أن ذلك لا يتغير بل يرجع فيه إلى العادة.

الثانى: قوله: «فى نفقة الخادم ومن على الموسر» اعترض عليه فى الميمى فقال: إنه خلاف المنقول، فإن المن رطلان والواجب مد وثلث، وهو كما قال: لأن المن رطلان وهما مد ونصف، والواجب مد وثلث فقط.

الثالث: قوله: «مكتلة زيت أو سمن»، قال فى التعليقة: الظاهر أن الواجب من الأدم ما يليق بعادة البلد، وأن تقديره إلى القاضى، ويقدر للموسر ضعف أدم المعسر، وللمتوسط ما بينهما.

الرابع: قوله: «وإمتاع لحاف شتاء» إلى قوله: «وآلة الطبخ والشرب»، قال فى التعليقة: هذا يخالف الظاهر؛ لأن الظاهر وجوب التمليك فى الجميع، وإنما الإمتاع فى المسكن فقط. انتهى.

وكلام الحاوى هو ما قاله القفال، والأصح وينسب إلى النص أنه تمليك.

الخامس: قوله: «وأجرة الحمام لشدة البرد» قال فى التعليقة: هذا اختيار صاحب الوجيز، والأكثرون على أنه يجب أجرة الحمام على العادة، فإن كانت فى قوم لا يعتادون الحمام لا يجب.

السادس: قوله: «وله خدمة من لم يستح منه» هو ما فى الوجيز، وأقره صاحب التعليقة، والأظهر فى الروضة: المنع، وكذا فى جواهر القمولى][٣].

---

(١) فى أ: السهولة.

(٢) فى ط: ما يضيف.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: وله تبديل مأ‌لوفة لريبة، ومنع من خروج، وأكل ممرض ومنتن، ودخول «غير خادمة» ولو أبويها، وتعتاض لا نحو خبز وبنشوز استرد، ولو ما للحال وبفرقة ما لمستقبل.

أى: وللزوج تبديل خادمتها المألوفة سواء كانت ملكًا لها أو حصل اتفاقهما عليها إذا ظهر منها ريبة أو خيانة، ولا يجوز إبدالها لغير ذلك.

وللزوج منع الزوجة من الخروج من منزله، ومن أكل مأكول يمرضها أو يؤذيه لنتنه كالبصل والكراث.

وله أيضًا منعها من دخول أحد عليها حتى يمنع أبويها من الدخول عليها، ويمنعها من إدخال أكثر من خادمة بيته، ومن إدخال قماش وثياب[١] لها إلى موضعه.

ومن زيارة أبويها، والأولى ألا يفعل.

ويجوز لها أن تعتاض عما تستحقه من نفقة وكسوة من الدراهم والدنانير والعروض إلا ما كان ربويًّا، فلا تعتاض عن النفقة الدقيق ولا الخبز وما أشبه ذلك لما فيه من التفاضل.

وإذا نشزت الزوجة[٢] فى يوم ولو ساعة منه سقطت نفقتها فيه على الأصح، فله استرداد نفقة ذلك اليوم والليلة.

ولو ماتت فى أثناء اليوم، أو طلقها فيه لم يسترد.

والفصل بالنسبة إلى الكسوة إذا ماتت كاليوم بالنسبة إلى النفقة.

ولا يسترد بالكسوة إلّا هى سواء كانت جديدة أو خلقة على الأصح، ويسترد كسوة الفصل الثانى إذا قدمها قبل دخول وقتها مطلقًا سواء نشزت أو طلقت أو ماتت.

[وقوله فى الحاوى: «ويعتاض الدراهم عنه وبالنشوز يسترد وبالموت للمستقبل»، فيه أمور:

أحدها: قوله «ويعتاض الدراهم» ليس فى تخصيصه الدراهم احتراز بل جعله مثالاً، وإلا فالدنانير، وسائر العروض حكمها حكم الدراهم، إلا أنه لا يجوز أن يستعيض عن النفقة دقيقا ولا خبزًا لما فيه من التفاضل؛ كما سبق بيانه.

الثانى: قوله: «وبالنشوز يسترد» مقتضى إطلاقه أنه يسترد بالنشوز ما للحال والماضى والمستقبل، وهو لا يسترد إلا ما للحال والاستقبال.

الثالث: قوله: «وبالموت للمستقبل» خصص به الموت والطلاق البائن، والفسخ

(١) فى ط: أثاث.
(٢) فى أ: المرأة.

مثله][1].

فسخ النكاح بالعجز عن النفقة

وقوله: وبعجز عن أقل نفقة لا لماض، أو كسوة، أو عن مسكن أو مهر قبل وطء، وقبل قبض بعض يمهل ثلاثة ثم تفسخ بقاض أو سيد بمهر فإن سلم للثالث أو للرابع بنت وفسخت الخامس، فإن رضيت لا لمهر لم يلزم لكن تستأنف لا فى إيلاء وملك نفقة أمته، ولها الحبس حالاً حتى يبذل.

أى: للمرأة فسخ النكاح إذا عجز الزوج عن أقل الطعام الواجب فى النفقة[2].

وهو مد صبح كل يوم يثبت لها الفسخ، ويمهله القاضى ثلاثة أيام ليتحقق بذلك عجزه.

قال الأذرعى: واعلم أن ظاهر كلامهم أن الإمهال ثلاثًا مختص بالنفقة.

أما المهر فلا إمهال فيه، كما أشعر به كلام الجمهور.

وبه صرح الماوردى والرويانى حيث جعلا الخيار على الفور بعد الرفع[3] إلى القاضى

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) إذا كان الزوج موسرًا فصار معسرًا، فإنه ينفق على زوجته نفقة المعسر، ولا يثبت لها الخيار فى فسخ النكاح؛ لأن بدنها يقوم بنفقة المعسر.

وإن أعسر بنفقة المعسر كانت بالخيار بين أن تصبر وبين أن تفسخ النكاح.

وجملة القول فى هذا الفصل أنه إذا أعسر الزوج بنفقة المعسرين أو ببعضها، ففى ثبوت حق طلب الفراق للزوجة مذهبان:

الأول: أنه يثبت للزوجة حق طلب الفراق فى الجملة؛ وهو مذهب الجمهور؛ وحكى عن على، وعمر، وأبى هريرة من الصحابة، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز من التابعين، وكثير من الفقهاء: كمالك، وأحمد فى الرواية الظاهرة عنه، وربيعة، وحماد بن أبى سليمان، ويحيى القطان، وعبد الرحمن بن مهدى، وإسحاق، وأبى عبيد، وأبى ثور.

وإنما قلت: «فى الجملة»؛ لأن ما من مذهب من المذاهب المدونة تفاصيلها إلا وفيه صور يمتنع فيها هذا الحق اتفاقًا أو اختلافًا، وقد اختلفوا - أيضًا - فى نوع الفراق أطلاق أم فسخ؟ وفى وقته أيعجل أم يؤجل يومًا أو أكثر؟.

فهذا المذهب بالنظر إلى الصور المختلف فيها، وإلى نوع الفراق ووقته يتفرع منه مذاهب.

الثانى: أنه لا يثبت للزوجة حق طلب الفراق أصلًا، بل عليها الصبر، وهو قول الحسن، وعطاء، والزهرى، والثورى، وابن شبرمة، وابن أبى ليلى، والظاهرية، والهادوية، والقاسمية، وهو مذهب الحنفية، وعبيد الله بن الحسن العنبرى، والمزنى من أصحاب الشافعى، وأحد قولى الشافعى، وإحدى الروايتين عن أحمد.

ثم من هؤلاء من قال: إن الزوج المعسر يحبس، ومنهم من قال: يجب على الزوجة أن تنفق عليه.

(٣) فى أ: الترافع.

قال: وليس ذلك واضحًا ؛ لأن تضررها بتأخير النفقة أشد، فالمهر أولى بالإمهال: قلت: ما ذكره استدل به من ظاهر كلام الجمهور حيث جعلوا الخيار على الفور لا ينافى الإمهال، والمعنى أنه إذا رفعته إلى القاضى وقت إعساره بادرت بطلب الفسخ؛ لأن تأخيرها يدل على رضاها بالعيب، ورضاها به يبطل الفسخ بخلاف النفقة، والإمهال أمر يلزم القاضى للتثبت وتحقق الإعسار.

فإذا لزمه ذلك عند طلبها الفسخ بالنفقة مع تضررها بالإمهال فلأن يلزمه ذلك عند طلبها الفسخ بالمهر وتضررها فيه بالإمهال أولى[١].

ولا تعد بالإمهال مقصرة إلا إذا كان الفسخ بيدها كما فى رد المبيع[٢] بالعيب، والفسخ هنا بالحاكم فظهر الفرق.

ثم إن طلبت الفسخ فسخ القاضى نكاحها صبح اليوم الرابع أو مكنها من الفسخ.

ولا يفسخ بامتناع القادر، وهو معلوم من اعتبار العجز، لأنها تتوصل إلى الحق بالحاكم أو بيدها إن قدرت، ولو غاب وهو موسر لم تفسخ قبل ثبوت إعساره، بل يبعث الحاكم إلى حاكم بلده إن علم بلده.

وفيه وجه أنه يجوز لها الفسخ إذا تعذر تحصيل نفقتها، ولا تكلف الصبر وهو اختيار القاضى الطبرى، وإليه مال ابن الصباغ وعن الرويانى وابن أخيه صاحب العدة أن المصلحة الفتوى به.

ولمن ماله فوق مسافة القصر حكم المعسر، والفرق بين غيبة المال وغيبة المالك الموسر أنه إذا كان المال غائبًا كان العجز من جهة الزوج.

وإذا كان الزوج غائبًا وهو موسر فقدرته حاصلة والتعذر من جهتها.

ولا خيار لزوجة المديون وإن استغرق الدين ماله، ولو تبرع رجل بنفقتها عن المعسر لم يسقط الخيار، والكاسب بقدر النفقة قادر، وكذا لو كان يكسب[٣] فى يوم ما يكفى ثلاثة ثم لا يكسب[٤] يومين.

فإن عجز الكاسب لمرض يزول ليومين أو ثلاثة لم يثبت لها الخيار وإن طال ثبت لها الخيار، ولو عجز عن نفقة الخادمة لم ينفسخ بل تثبت فى ذمته، وكذا إن عجز عن الأدم.

---

(١) فى أ: أقل.
(٢) فى أ: المعيب.
(٣) فى أ: يكتسب.
(٤) فى أ: يكتسب.

وليس لها أن تفسخ بالعجز عن نفقة[١] الماضى، بل يبقى دينًا عليه وكذا تفسخ لعجزه عن أقل كسوة تجب وهى كسوة المعسر، وكذلك تفسخ بالعجز عن المسكن الذى قدره الشرع لها، فلا يكون معطوفًا على نفقة فى قوله فى الإرشاد: أقل نفقة؛ لأن النظر فى المسكن إلى ما يقتضيه حالها؛ إذ لابد للإنسان من كسوة تستره، وبيت يؤويه[٢].

وكذلك تفسخ بالعجز عن المهر قبل الدخول، كما تفسخ بالفلس والمعوض باق.

وإن كان بعد الدخول لم تفسخ كما لا تفسخ بعد تلف المعوض؛ لأنه قد صار المعوض[٣] دينًا فى ذمته، ولو قبضت البعض لم يكن لها أن تفسخ أيضًا؛ لأن ما فى مقابلة المقبوض من المعوض[٤] قد سقط الفسخ فيه والفسخ لا يتبعض، فيسقط[٥] فى الجميع بخلاف ما إذا قبض بعض ثمن المعوض[٦] فى المبيع[٧] فإنه يفسخ فى الباقى، وذلك ممكن، فإذا ثبت عجزه أمهل ثلاثة أيام ثم تفسخ فى صبح اليوم الرابع بأمر الحاكم أو يفسخه الحاكم بسؤالها.

وليس لها أن تستقل بالفسخ دونه، وهو فسخ لا ينتقص[٨] به عدد الطلاق؛ لأن العجز عن الإنفاق عيب كالعنة.

ويفهم من قوله: ثم تفسخ: أنه ليس للولى الفسخ وإن كانت صغيرة، بل ينفق عليها من مالها إن كان لها مال، وإلا أنفقها من عليه نفقتها، وتكون النفقة دينًا لها عليه إلى أن يوسر.

وإن سلم إليها[٩] نفقة اليوم الرابع سقط الفسخ، وليس لها أن تقول: آخذه عن نفقة[١٠] الأيام الثلاثة.

فإن استمر الإنفاق فذاك، وإن عجز عن نفقتها اليوم الخامس أو السادس فسخت من غير إمهال.

وكذلك إذا سلم إليها نفقة يوم من أيام المهلة الثلاث إما الأول أو الثانى أو الثالث، فإنها

---

(١) فى أ: النفقة للزمن.
(٢) فى أ: يواريه.
(٣) فى أ: العوض.
(٤) فى أ: العوض.
(٥) فى أ: فسقط.
(٦) فى أ: العوض.
(٧) فى أ: البيع.
(٨) فى ط: يتبعض.
(٩) فى أ: لها.
(١٠) فى أ: أحد.

تبنى وتفسخ اليوم الخامس.

وليس له حبسها فى أيام المهلة بل لها الخروج لتحصيل النفقة بالكسب والتجارة والسؤال.

وعليها أن ترجع المسكن ليلاً، ثم يجب عليها التمكين من الاستمتاع. هكذا ذكره الرويانى. وعن صاحب التهذيب أنه لا يجب، وهو مقتضى توقف الإيجاب على التمكين.

نعم إن منعته لم تصر النفقة دينًا عليه، فإن رضيت بعجزه وعفت[١] أبدًا لم يلزمها الوفاء لكن ليس لها الفسخ إلا بعد الإمهال بخلاف امرأة المولى إذا رضيت ثم عادت.

والفرق أن مدة الإمهال فى الإيلاء منصوص عليها وتقديرها من وقت اليمين، وهذه مجتهد فيها لا تقدر إلا بعد الرفع إلى القاضى.

ولو تزوجت معسرًا عالمة بإعساره بالنفقة كان لها الفسخ لتجدد الضرر، بخلاف من علمت أو رضيت بإعساره بالمهر لعدم تجدد الضرر.

ونفقة الأمة المزوجة لسيدها لأنها لا تملك لكن لها المطالبة بها وقبضها وتستحق حبسها حتى يبذل السيد عوضًا عنها، ثم الأمة لا تستحق حبسها أبدًا بل فى ذلك اليوم فقط لأنها ملك السيد، وهى لا تملك ونفقتها فى اليوم الثانى متعينة على الزوج أو على السيد إن طلقت.

فقد نصوا على أنه لا تعلق لها بالنفقة فى الماضى.

واعلم أن للأمة فى نفقتها حق الوثيقة، فليس للسيد الإبراء عن نفقتها، ولا التصرف فيها قبل تسليم البدل إليها كما تتعلق نفقة زوجة العبد بكسبه.

على أن الكسب ملك للسيد، وإن أعسر زوج الأمة فلها المطالبة بالفسخ[٢] وتركه، وليس للسيد الاعتراض عليها ولا طلب الفسخ دونها - ولو كانت صغيرة أو مجنونة - بل هى الأصل فى استحقاق النفقة إلا أن السيد يتلقاها لعدم أهليتها للملك.

فالفسخ إليها كما أن قبول الوصية للعبد إليه، لكن للسيد أن يمنعها النفقة إن لم تفسخ، فبهذا يلجئها إلى الفسخ.

وأما الفسخ بالمهر فهو إلى السيد؛ لأنه لا تعلق لها به، ولا ضرر عليها فى فواته.

وكذلك ما صار دينًا فى ذمة الزوج فالخصومة فيه إلى السيد كالصداق وإذا ادعى تسليم النفقة وكذبته وصدقه السيد، فالقول قولها فى نفقة الحال والمستقبل، وقول السيد فى نفقة الماضى.

---

(١) فى ط: وغيب.
(٢) فى أ: طلب الفسخ.

نفقة الأقارب

وقوله: وعلى من فضل عن قوته وزوجته قوام بعض عديم لا فرع كامل ترك كسبًا لاق، وقدم الأقرب ثم الوارث من فرع ثم أصل، وقدمت أبوة بذلاً وأم كصغير أخذًا أو لتساو وزع ولقلة أقرع.

أى: شرع فى نفقة الأقارب، وهى واجبة لحديث هند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»[(١)] وهى لا تجب إلا على الموسر، وهو الذى يفضل عن قوته وقوت زوجته يومًا وليلة ما يصرفه إلى قريبه، فإن لم يفضل شىء لم تجب ولم يلزمه الاقتراض، وإن كان الولد صغيرًا لأنها تجب على سبيل المواساة وهو ليس من أهلها.

وشرط القريب الذى تجب نفقته وتجب النفقة عليه أن يكون بعضًا لمن تجب عليه كالفرع مع الأصل، والأصل مع الفرع، وقدمت نفقة الزوجة على نفقة القريب لوجوبها فى حالتى اليسار والإعسار منها ومن الزوج، ولا تسقط بمرور الزمان، ويجب الاكتساب لنفقة القريب على الأصح.

ولو لم يكن له قريب وله زوجة فوجهان «مرتبان» وأولى بالمنع؛ لأن نفقتها تلحق بالديون ولأنها متمكنة من الفسخ.

ويفهم من قول المصنف: على من فضل عن قوته وزوجته: أنه يباع المسكن فيها كما يباع فى الدين.

وهل يباع كل يوم جزء من العقار أو يستقرض إلى أن تجتمع؟ وجهان.

فالأصول الذين تجب نفقتهم: الآباء والأمهات والأجداد والجدات.

والفروع: الأولاد والأحفاد من أولاد البنين وأولاد البنات يسوى بين الذكر والأنثى والوارث وغير الوارث والقريب من الأجداد، والأحفاد والبعيد وخرج بقوله: لبعض غير الأصول والفروع كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وأولادهم.

فإن كان البعض قادرًا على الكسب فلم يكتسب نظرت: فإن كان أصلاً وجبت نفقته، وإن كان فرعًا كاملاً لم تجب على الأصح فيهما؛ لأن الولد مأمور بأن يصاحب والديه بالمعروف، قال الله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس من المعروف أن يلجئه إلى الاكتساب للقوت، والفرع الكامل هو الولد البالغ العاقل الصحيح، فإن هذا أقوى على الاكتساب فإن كان الفرع صغيرًا قادرًا على الكسب[(٢)] استغنى ولكنه

---

(١) أخرجه البخارى (٩/ ٥٠٧) كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل (٥٣٦٤) ومسلم (٣/ ١٣٣٨) كتاب الأقضية باب قضية هند (٧/ ١٧١٤).

(٢) فى ط: صغيرًا ذا كسب.

يتركه[١] أو كبيرًا غير قادر على الكسب أو لا يجد إلا اكتسابا غير لائق بحاله وجبت نفقته[٢].

والواجب للقريب ما به قوامه من النفقة والكسوة، فيستحق من النفقة ما يكفيه، ويدفع ضرورة الحال، فلو استغنى بضيافة ونحوها كما سبق ذكره سقطت نفقته فى ذلك الوقت، وينظر إلى حاله فى سنه وزهادته ورعايته، فيكفى الرضاع مؤنة الرضاع فى الحولين، ويجب الأدم كما يجب القوت.

وكذلك الكسوة والسكنى على ما يليق بالحال ومؤنة الخادم للمحتاج إلى الخدمة، ويقدم الأقرب من الفروع.

فإن استووا فى القرب قدم الوارث، فإن فقدت الفروع فالمرجع إلى الأصول، فيقدم الأقرب منهم أيضًا، فإن استووا فى القرب قدم الوارث.

وهذا التقديم فى الإعطاء والأخذ، ولا يستثنى من ذلك إلا الأم فإنها إذا اجتمعت هى والجد أبو الأب قدم الجد فى المطالبة بنفقة الولد.

وإن كانت هى الأقرب إلى الولد، وإليه الإشارة بقوله: الأبوة؛ لأن الجد وإن علا قائم مقام الأب فى النفقة والولاية.

ونفقة الولد تجب على أبيه الموجود دون أمه، وإن كانت جدة[٣] قدمت على الجد كما تقتضيه القاعدة التى تقدمت.

وقدمت على الأب لعجزها وضعفها، ولقوله ﷺ لمن قال له: من أبر؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أبوك»[٤] فإذا كان للمحتاج من تلزمه نفقته نظرت:

فإذا اجتمع أصله وفرعه وجبت النفقة على الفرع ذكرًا كان أو أنثى، وارثًا أو غير وارث، قريبًا أو بعيدًا.

ولم تجب على الأصل لعظم حرمته، حتى لو كان له بنت بنت وإن سفلت وأب كانت النفقة على بنت البنت دون الأب؛ لأن الفرع بخدمة الأصل أولى.

---

(١) فى أ: تركه.
(٢) فى ط: إلا كسبًا لا يليق به وجبت نفقته.
(٣) فى ط: آخذة.
(٤) أخرجه أحمد (٥/٣، ٥) والبخارى فى الأدب المفرد (٣) وأبو داود (٥١٣٩)، الترمذى (١٨٩٧) من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده وفى الباب عن أبى هريرة: أخرجه البخارى (٥٩٧١)، ومسلم (٢٥٤٨/١) وفى ط: أباك.

وإن كان له أحدهما فإن كانوا فروعًا نظرت: فإن استووا فى القرب كابنين أو بنتين أو ابنى ابن[١] أو ابنى بنت[٢] أو بنتى ابن أو بنتى بنت، فنفقته عليهما بالسوية سواء استويا فى اليسار أم لا، حتى لو كان أحدهما تاجرًا والآخر كسوبًا فهما سواء، وإن غاب أحدهما أخذت حصته من ماله أو اقترض عليه القاضى.

ولا أثر لاختلافهما فى الأنوثة والذكورة فى حال استواء القرب على الأصح، نعم إن استويا فى القرب وأحدهما وارث كبنت ابن وابن ابن، فالنفقة على الوارث على الأصح.

وإن اختلفا[٣] [فى القرب فالنفقة على الأقرب منهما وارثا كان أو غير وارث ذكرا كان أو أنثى فلو كان له][٤] بنت بنت وابن ابن ابن، فالنفقة على بنت البنت على الأصح.

وإن انفرد الأصول فإن كان أحدهم الأب والآخر الأم فالنفقة على الأب وأب الأب وإن علا مع الأم كالأب، وهو ما استثناه فى الأصل من اعتبار القرب.

وإن اجتمع اثنان من الأجداد والجدات، فإن كان أحدهما أقرب فالنفقة عليه، سواء أدلى أحدهما بالآخر أم لا، وإن استويا فى القرب وأحدهما وارث كأب الأم وأبى الأب فالنفقة على أب الأب.

وإن استويا فى عدم الإرث كأم أبى أب الأم وأم أبى أم الأب فالنفقة عليهما، وإليه الإشارة بقوله: قدم الأقرب ثم الوارث.

هذا فيمن تجب عليه النفقة، وكذلك من تجب له النفقة، فإذا اجتمع على شخص واحد اثنان فصاعدًا ممن تلزمه نفقته وفضل عن ماله أو كسبه[٥] بعد نفقته ونفقة زوجته ما يكفيهم لزمه نفقة الجميع.

وإن لم يكف الفاضل الجميع قدم الفرع كما فى جانب الإنفاق قريبًا كان أو بعيدًا ذكرًا كان أو أنثى، وارثًا كان أو غير وارث.

فإن تعدد الفرع ولم يكف الجميع قدم الأقرب كابن ابن الابن وبنت البنت تعطى بنت البنت لأنها أقرب وإن استويا فى القرب والإرث وزع بينهما إن كان الموجود يسد مسدًا من كل منهما وإلا أقرع بينهما.

---

(١) فى ط: ابنين.
(٢) فى ط: بنتين.
(٣) فى ط: وإن اجتمعا.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: وكسبه.

وإن أنفد[١] الأصول مع البعد[٢]، فإن كان أب أب وأم قدمت الأم على الأصح لما تقدم ذكره. وإن كان مع الأب أم الأم فالذى يقتضيه كلام الأصحاب فى التقديم بالقرب أن الأب مقدم ويراعى القرب فى الأجداد والجدات ثم الإرث كما سبق.

وقوله: ولمنع أخذ وأم وأنفقت واقترضت لترجع بإشهاد وكذا قريب وجد حيث لا قاضى، ويستقر بعرضه، ولزوجة دونه، ولأم أجر رضاع، وإن تعين كاللبأ لا وثم متبرع ولا يمنعها ولده.

أى: وإذا امتنع الزوج أو القريب من تسلم النفقة أو الكسوة فى وقتها فللمستحق الأخذ بنفسه.

وكذا أم الفرع تأخذ له لحديث هند وقد شكت إمساك أبى سفيان، فقال ﷺ: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٣].

ويلحق بالمنع الغنية[٤] بل هى أولى، وللأم أن تنفق على ولدها من مالها أو تقترض لإنفاقه لترجع ويكفى فى حقها الإشهاد على أنها أنفقت لترجع لا على أنها أنفقت فقط.

ولا يكفى القريب أن يقترض لنفقة نفسه بالإشهاد ليرجع إلا إذا عدم القاضى.

أما مع حضوره فلا يرجع، وكذلك الجد لا يكفيه أن ينفق على ولد الولد من مال نفسه، ولا بالاقتراض بالإشهاد ليرجع إلا إذا عدم القاضى.

وقد بينا أن نفقة القريب وكسوته تسقط بمرور الزمان؛ لأنها أمتاع[٥]، فإذا فرضها القاضى استقرت دينًا فى ذمة المنفق يطالب بها فى الماضى كما يطالب بها فى الحال.

وأما نفقة الزوجة فهى مستقرة من دون فرض القاضى وسائر حقوقها كذلك، وللأب والجد أخذ النفقة من مال الطفل بالولاية ويؤخرانه[٦] له وليس للأم ذلك إلا بإذن الحاكم إذ لا ولاية لها.

وإن وجبت نفقة الابن فى مال الأب المجنون وكان له ضيعة فللحاكم أن يأذن للابن فى تأجيرها لنفقته.

وللأم أن ترضع ولدها بالأجرة سواء كانت هناك مراضع غيرها أو كانت متعينة

(١) فى ط: انفرد.
(٢) فى ط: التعدد.
(٣) تقدم.
(٤) فى ط: الغيبة.
(٥) فى ط: امتناع.
(٦) فى ط: ويؤاجرانه.

للإرضاع، وفى وجه آخر: لا أجرة لها فى حال التعيين، وكما يجب عليها الإرضاع عند التعيين يجب عليها إرضاعه اللبأ، ولها فى جميع ذلك الأجرة على الأب.

نعم إن وجد الأب من تتبرع بالإرضاع لم يلزمه تقديم الأم إلا إذا تبرعت، وليس للزوج منع زوجته من إرضاع ولدها منه على الأصح، وإن كان زمن الإرضاع مستحقًّا للاستمتاع.

[وقوله فى الحاوى: «وإن عجز عن أقل النفقة...» إلى آخر الباب، فيه أمور:

أحدها: قوله: «أو الكسوة أو المسكن»، عطف ذلك على النفقة فيكون معناه: وإن عجز عن أقل النفقة أو أقل الكسوة أو أقل المسكن، وهذا فى المسكن غير مسلم؛ لأنها تفسخ بالعجز عما يجب على المعسر، والذى يجب على المعسر مسكن يليق بحالها، لا أقل مسكن.

الثانى: قوله: «أو المهر قبل الوطء» يحصل فيه من الإبهام ما يحصل من عطف الكسوة؛ لأنه يظهر عطفه على أقل لا على النفقة، لكن مقتضاه أنها تفسخ بالمهر مطلقا، وهو كذلك إذا لم يقبض منه شيئا، أما إذا قبضت منه شيئا فإنها لا تفسح، وفرق بينه وبين البائع إذا قبض بعض الثمن، ثم أفلس المشترى فإن الشركة فى البيع جائزة فجاز أن يفسخ فيما لم يقبض خاصة بخلاف البضع، فإن ما قبض قد استقر بقسطه، فلو جوزنا الفسخ لأدى إلى الفسخ فيما استقر للزوج، وذلك غير جائز، والشركة فى البضع متعذرة فتعذر الفسخ. قطع بذلك الإسنوى وابن الصلاح فى فتاويه.

الثالث: قوله: «أو يمكنها منه»، هذا فى حق الحرة مطلقًا وفى الأمة فى غير المهر، وأما المهر فإنما يفسخ به السيد؛ لأنه لا تعلق للأمة به بخلاف النفقة والكسوة.

الرابع: قوله: «ونفقة الأمة للسيد، وإنما يأخذ ويبيع إن أبدل ليس فيه ما يدل على المطالبة بالنفقة إليها وهى إليها، فلا يطلبها السيد من الزوج ولا يبيعها إن قبضها إلا بعد [أن] يبذل للأمة طعامها من ماله، فيقبضها؛ لأن لها حق الحبس فلا يأخذ السيد منها إلا بعد الأبدال وما يتعلق به الحبس لا يجوز قبضه ولا التصرف فيه؛ كما يقتضيه القاعدة.

الخامس: قوله: «وإنما يأخذ ويبيع إن أبدل»، يقتضى أن ذلك أبدًا، وليس كذلك، بل ذلك فى نفقة ذلك اليوم، وأما إذا مضى فلا؛ لأنها لا تملك شيئًا وليس لها التعلق به إلا لطعامها وهو فى غير ذلك اليوم متعين على الزوج أو السيد.

السادس: قوله: «وإن رضيت» استأنف هذا فى غير المهر من النفقة والكسوة، أما إذا رضيت به معسرًا عن المهر فإنه لا يجوز لها أن تفسخ لعدم تجدد الضرر.

السابع: قوله: «وعلى من فضل عن قوته وزوجته لبعض لا شىء له ولو كسوبا يستقل

به»، مقتضاه: أن كل بعض لا شيء له تجب نفقته وإن كان قادرًا على الكسب.

والصحيح: أن الفرع البالغ إذا قدر على الكسب لا تجب نفقته، ولا نعنى بالكسوب من يكتسب؛ فإن ذلك غنى بل المراد من يقدر على الكسب ولا يكتسب.

الثامن: قوله: «الفرع»، اكتفى بذلك عن الفرع المنفق والمنفق عليه فعلى كونه متفقا جعل بدلًا من «من» فى قوله: «وعلى من فضل» وعلى كونه منفقا عليه جعل بدلًا من «بعض» فى قوله: «لبعض» هذا غير جائز فى العربية.

التاسع: قوله: «ثم الأقرب»، الصواب إسقاط لفظ «ثم»، فإنه لا ترتيب بين الأقرب وبين ما قبله، بل هو بدل منه، المراد الترتيب بين الأقرب والوارث الفرع الأقرب.

فإن استويا فى القرب فهى على الوارث منهما، وكذلك حكم الأصل المعطوف عليه.

العاشر: قوله: «وقدم الأب وآباؤه على الأم وفى الأخذ بعكس» لو قال: وفى الأخذ قدمت كان أولى، فإن الشراح جعلوا مراده بالعكس: الأم وأمهاتها ولا تقدم على الأب إلا الأم فقط.

الحادى عشر: أنه سوى بين الفروع، والصغير مقدم على الكبير كما نصوا عليه.

الثانى عشر: قوله: «وعلى الأم إرضاع اللبأ، ثم إن تعينت الأجرة» وهذه العبارة توهم أنه لا يجب عليها الإرضاع فى هذه الحالة إلا بالأجرة وليس كذلك بل الإرضاع واجب عليها لتعيينها، لكن تجب لها الأجرة.

الثالث عشر: أن قوله: «إن تعينت» يوهم أن الأجرة لا تجب فى إرضاع اللبأ، وإنما تختص بحالة التعين، وهى فى الحالين مستحقة الأجرة.

الرابع عشر: قوله: «ثم إن لم يتبرع غيره» لا ينتظم مع قوله: «إن تعينت» لأنها لا تكون حينئذ متعينة، وإنما أراد المصنف أن يبين أن لها الأجرة عند عدم المرضعات.

الخامس عشر: قوله: «وله منعها إن وجدت أخرى» الصحيح أنه ليس له منعها؛ كما صححه النووى - رحمه الله تعالى - فى «الروضة» قال: وممن صححه: البغوى والرويانى فى «الحلية»، وقطع به الدارمى والقاضى أبو الطيب فى «المجرد» والمحاملى والفورانى وصاحب التنبيه وعزاه فى «المنهاج» إلى الأكثرين.

السادس عشر: أن مقتضى كلامه: أن للأب منعها سواء كان زوجا أو غير زوج، والخلاف إنما هو فى الزوج، وأما إذا لم يكن زوجا فلا يمنعها قطعا][1].

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الحضانة[1]

وقوله: فصل حضانة من لا يستقل لعاقل حر أمين مسلم من مسلم سيد لا قبل سبع، وأمه حرة بقدر رق، ثم أم ثم أمهاتها الوارثات لا غير مرضعة لرضيع، ولا إن نكحت إلا ذا حضانة رضى به ما لم تطلق ثم أب ثم أمهاته كذا ثم جد، ثم أمهاته كذا.

أى: الذى يحتاج إلى الحضانة وهو من لا يستقل بمراعاة نفسه ولا يهتدى لمصالحه، إما لصغر، أو لخلل فى التدبير، أو العقل حضانته لمن «ذكر».

فإذا بلغ رشيدًا فلا حضانة عليه، وولى أمر نفسه، وإن بلغ غير رشيد فأطلق جماعة أنه تستدام حضانته واستحسن الرافعى تفصيلاً ذكره ابن كج، أنه إن لم يحسن تدبير نفسه فالحكم كذلك، فإن أحسن لكنه غير صالح فى دينه فالصحيح أنه يسكن حيث شاء وإن لم يرتفع الحجر عنه.

---

(١) الحضانة: لغة: مصدر حضنت الصبى حضانة: تحملت مؤنته وتربيته، عن ابن القطاع.

والحاضنة: التى تربى الطفل، سميت بذلك؛ لأنها تضم الطفل إلى حضنها، وهو: ما دون الإبط إلى الكشح وهو الخصر.

قال زين الدين بن نجيم: الحضانة: - بكسر الحاء، وفتحها لغة -: تربية الولد.

وقد حضنت ولدها حضانة، من باب: طلب، وحضن الطائر بيضه حضنًا، إذا جثم عليه بكنفه يحضنه، ذكره فى «المغرب».

والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه.

وقيل: الحضن: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، والخاصرة هى وسط الإنسان.

وجمع الحضن: أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشىء، وجعله فى حضنك، كما تحضن المرأة ولدها: تحمله فى أحد شقيها، وفى الحديث أنه - عليه الصلاة والسلام - خرج محتضنًا إحدى ابنى ابنته، أى: حاملًا له فى حضنه، والحضن: الجنب، وهما حضنان.

وقال الكاسانى: الحضانة لغة تستعمل فى معنيين:

أحدهما: جعل الشىء فى ناحية. يقال: حضن الرجل الشىء، إذا اعتزله فجعله فى ناحية منه.

الثانى: الضم إلى الجنب، يقال: حضنته، واحتضنته، إذا ضممته إلى جانبك. والحضانة بمعنى الضم، هو المراد؛ لمناسبته للمعنى الشرعى.

وأما الحضانة اصطلاحًا:

فعند الشافعية هى: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره

وعند الحنفية -: عرفها الشيخ قاسم القونوى: بأنها تربية الولد، وقال: مأخوذة من حضن الطائر بيضه إلى نفسه تحت جناحه.

وعند المالكية -:

عرفها الشيخ ابن عرفة فى الحدود: «حفظ الولد فى مبيته ومؤنة طعامه ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه»، وهذا التعريف هو محصول قول الباجى

وعند الحنابلة هى: حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم.

ثم لا يتولى الحضانة إلا لمن اجتمعت فيه هذه الشروط: الأول: العقل فلا حضانة لمجنون؛ لأنه محتاج[1] لمن يحضنه، فإن كان جنونه نادرًا كمن يجن يومًا من سنة ولا يخاف بادرته فهو كمرض يزول لا يمنع الحضانة، ثم المرض لا يمنع الاستحقاق إلا بشرطين: أن يكون شاغلاً عن الحضانة وألا يرجى زواله كالسل.

الثاني: الحرية فلا حضانة لرقيق ولو أذن له، فلو كان[2] ولد الرقيقة حرًّا فحضانته لمن يليها بعد الأم، وإن كان رقيقًا فحضانته على السيد، وهل ينزعه من أمة الحرة؟ وجهان: الأصح: لا إلى سبع سنين، ولا تستحق الأمة حضانة ولدها من السيد على الصحيح، واختار الروياني وجهًا للشيخ أبي حامد أن لها الحضانة إلى سبع سنين.

الشرط الثالث: الأمانة، فلا حضانة لفاسق وتكفي العدالة الظاهرة المعتبرة في ولاية النكاح.

الشرط الرابع: الإسلام إن كان المحضون مسلمًا، فلا يحضن كافر مسلمًا بخلاف عكسه، فإن للمسلم حضانة القريب الكافر ثم لا يخلو المحضون أن يكون حرًا أو عبدًا، فإن كان عبدًا فحضانته لسيده.

وقوله في الأصل: «سيد» بدل من قوله: «العاقل» وإن كان العبد مشتركًا فعلى الشريكين بقدر الملك، ولو كان العبد مبعضا، فحضانة البعض الحر على من يليها لو كان حرًّا كله فإن تدافعاه استأجر الحاكم من ترضعه وأخذ منهما الأجرة بالقسط، وإن كان المحضون حرًّا فإن اجتمع عليه والداه فذاك وعلى الأب المؤنة، وإن تفرقا فالأم أولى لقوله ﷺ للأم: «أنت أحق به» يعني من الأب «ما لم تنكحي»[3].

ثم أمهاتها الوارثات فخرج بقوله: «الوارثات» الجدة المدلية بذكر بين أنثيين كأم أب الأم والبعدى من المدليات بالإناث لأنها لا ترث مع وجود القربى، وإنما تقدم على الأب منهن من كانت منهن ترضع المحضون إذا كان طفلاً، فإن امتنعت، أو كانت غير مرضعة لم يكلف الأب أن يستأجر من ترضعه معها؛ لأن المرضعة قد لا ترضى بذلك فيكون الأب أو الجد أحق به في هذه الحالة، وكذلك لا يقدم على الأب من نكحت، فإن كانت الأم أو

---

(١) في ط: يحتاج.
(٢) في ط: فإن كان.
(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢)، وأبو داود (٢٢٧٦)، والدارقطني (٣/ ٣٠٥)، والحاكم (٢/ ٢٠٧)، والبيهقي (٨/ ٥٠٤)، وأحمد (٢/ ١٨٢)، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

الجدة متزوجة[١] بطل حقها من الحضانة مادامت مزوجة؛ لقوله ﷺ: «ما لم تنكحى» ولأن الزوج يشغلها عنه إلا إن نكحت من له حق فى الحضانة، ولا يعنى من له حق فيها الآن بل يكفى من له حق فى الجملة، فلو تزوجت الأم عم الطفل، أو ابن عمه قدمت على الأب؛ لأن له شفقة تحمله على رعاية الطفل؛ فيتعاونان على حضانته بخلاف الأجنبى، ثم ليس للزوجة[٢] على الجد أو العم أو ابن العم أن ترضع إلا إذا رضى، وإلا فله منعها، وعليها أن تمتنع سواء كانت فى دارها أو فى داره، فإن طلقت عادت إلى الولاية لزوال المانع كالرقيقة إذا عتقت والمجنون إذا عقل والفاسق إذا تاب وحسنت سيرته، وسواء كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا.

فإذا فقدت أمهات الأم انتقلت الولاية إلى الأب ثم إلى أمهاته الوارثات كما سبق فى أمهات الأم، فإذا فقدت أمهات الأب انتقلت الولاية إلى أبى أبى الأب[٣]، ثم إلى أمهاته كذلك أى الوارثات الفارغات المرضعات إن كان طفلاً.

[وقوله فى الحاوى: «وإرضاع الرضيع» إلى قوله: «وله منع دخوله داره»، فيه أمران:

أحدهما: قوله: «وإرضاع الرضيع وإن نكحت. . .» إلى آخره؛ كان ينبغى تأخيره إلى ذكر الإناث؛ لأنه لا يوجد فى كل مستحق للرضاع، وإن كان قيل: المراد فى الإناث، فليس فى اللفظ دلالة على التخصيص بل قد يفهم: أن الخالة المرضعة أحق من الأب؛ كما أن الخالة الحرة أو المسلمة أو العاقلة أحق من الأب الرقيق أو الكافر أو المجنون؛ لأنه جعل الرضاع شرطا كسائر الشروط.

الثانى: قوله: «وله منع دخوله داره»، يقتضى أنه لا يمنعها من الحضانة إلا لأجل داره وأنها لو تسكن دارًا لنفسها لم يكن منعها، وليس كذلك، بل ذكر فى «العزيز» و«الروضة» أنه ليس لها أن تحضنه إلا برضا زوجها وأن له منعها، وأن عليها الامتناع إذا منعها، ولم يتعرض لذكر الدار][٤].

وقوله: ثم ولد الأبوين، ثم الأب ثم الأم ثم خالة كذا، ثم بنت أخت كذا، ثم ولد أخ كذا غير ذكر لا يرث ثم عمه كذا ثم عم لأبوين ثم أب، ثم بنات لخالات ثم لعمات كذلك، ثم ولد عم وارث تقدم أنثى لكل.

---

(١) فى ط: مزوجة.
(٢) فى ط: للمزوجة.
(٣) فى ط: إلى أب الأب.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: حق الحضانة بعد الأصول للأقرب من الإناث ثم الأقرب من الذكور، فتقدم الأخوات مطلقًا على الإخوة مطلقًا، لأنهن بالحضانة أليق وأولاهن الأخت بالأبوين ثم للأب ثم للأم فتقدم بنت الأبوين على بنت أحدهما لزيادة القرابة وتقدم بنت الأب على بنت الأم لزيادة العصوبة.

ثم ذكور الإخوة كذلك، ثم الخالات: وأولاهن الخالة للأبوين ثم للأب ثم للأم، وإليه الإشارة بقوله: «ثم خالة كذا».

وقدمن على بنات[1] الأخوات والإخوة وعلى العمات لأنهن يتساوينهن فى المحرمية والدرجة وعدم الإرث وينفردن[2] بالإدلاء بالأم التى هى أقوى فى الحضانة من الأب ثم بنت الأخ[3] بعد الخالة.

فتقدم على بنت الأخت من الأبوين، ثم من الأب، ثم من الأم.

ولم يقل: ولد أخت؛ لأن ابن الأخت لاحق له فى الحضانة؛ لأنه ذكر من المحارم ولا يرث.

ثم بنت الأخ للأبوين، ثم للأب، ثم للأم، ثم ابن الأخ للأبوين ثم للأب، وليس لابن الأخ من الأم حضانة، وإليه الإشارة بقوله: غير ذكر لا يرث.

ثم بعد ولد الأخ العمة من الأبوين، ثم من الأب، ثم من الأم ثم العم كذلك، إلا من الأم فإنه لا حضانة له لكونه ذكرًا لا يرث.

ولهذا لم يقل: ثم العم كذا، ثم بنات الخالات، ثم بنات العمات تقدم فى كل منهن ذات الأبوين ثم الأب ثم الأم، وإليه الإشارة بقوله كذلك.

ثم من بعدهن ولد العم الوارث، فتقدم بنت العم على ابن العم وذات الأبوين على ذات الأب.

واحترز بقوله: «الوارث» عن ولد العم للأم؛ لأنه وأباه لا يرثان وكل محرم ذكر لا يرث لا حق له فى الحضانة ولا لمن يدلى به، فلا حق للخال ولا لبنت الخال، ولا حق للعم من الأم ولا لبنيه. وقد وقع فى الرافعى و «الروضة» اضطراب فى الخال وبنت الخال؛ فإنه قال بعد ذكر الجدة الساقطة: وفى معنى الجدة الساقطة كل محرم يدلى بذكر لا يرث كبنت ابن البنت وبنت العم للأم، ثم قال بعده: الأنثى التى ليست بمحرم كبنتى الخال والخالة

---

(١) فى ط: بنت.
(٢) فى ط: وينفرد.
(٣) فى ط: الأخت.

وبنتى العم[(١)] والعمة فى استحقاقهن الحضانة وجهان: ورجح[(٢)] الاستحقاق، وقال فى «الروضة»: إنه الأصح، وقال فى المهمات: وهو [غير][(٣)] مستقيم إلا فى بنت الخال فإنها تدلى بذكر غير وارث.

وقد تقدم أن من كانت بهذه الصفة لا حضانة لها، قال: وإذا لم يثبتها لأم أبى الأم بهذا المعنى مع وجود الولادة فبنت الخال بطريق الأولى، بخلاف بنت الخالة والعمة فإنها تدلى بأنثى، وبخلاف بنت العم، فإنها تدلى بذكر وارث. انتهى.

وفى معنى ابن العم ابن عم الأب والجد، فإن كان المحضون ذكرًا أو صغيرة لا يشتهى مثلها تسلم إليه، وإن بلغت حدًّا يشتهى مثلها لم تسلم إليه لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة، وتسلم أجرها[(٤)] ولو كان له بنت سلمت إليها.

ولا حضانة لمعتق وإن كان وارثًا؛ لعدم القرابة التى هى مظنة الشفقة، ثم الأنثى مقدمة على الذكر فى جميع المراتب، فكما قدمنا الأم على الأب قدمنا الأخوات على الإخوة والعمات على الأعمام، وقد سبق منصوصًا عليه فى الأصل، والشرح[(٥)] تقديم بنات الأخت على بنات الأخ.

وقوله فى الحاوى: ثم ولد ولد الأبوين ثم الأب ثم بنت ولد الأم مقتضاه أن ابن الأخ للأبوين، ثم للأب مقدم على بنت الأخت للأم؛ لأنه رتبها بـ «ثم» وليس هى كذلك.

بل هى مقدمة عليهما كما نصوا على تقديم الأخوات على الإخوة، وقد توهم بعض الطلبة من قولهم: يقدم ولد الأبوين، ثم ولد الأب ثم ولد الأم وتقدم الأخوات: أن المراد تقديم كل أخت على أختها[(٦)] حتى وجده منصوصًا عليه فى الشامل مصرحًا بأن القائل بهذا يقدم الأخت من الأم على الأخ من الأبوين، وهو مقتضى إطلاقهم تقديم الأخوات، ولو أرادوا تقديم أخت على أخ دون أخ لأوضحوه، ولكن صاحب الحاوى يجرى فى ترتيب بنت الأم على عادته فى الترتيب بـ «ثم»، والعبارة بـ «الولد» الشامل للذكر والأنثى، لكنه قد بين ما أجمل بالجزم وبتقديم الإناث، والظاهر أن ذلك كان عن غير تأمل، وقد وقع أيضًا فى قوله: ثم ولد الجد لأبوين ثم الأب ثم العمة للأم، فاقتضى تأخيرها عن العم لأبوين أو

---

(١) فى أ: وبنت العم.
(٢) فى ط: الأرجح.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: أجرتها.
(٥) فى ط: والشرع.
(٦) فى ط: أخيها.

لأب والله أعلم.

وقوله: وخير مميز بين مستحقة وأحق ذكر محرم أو ذى بنت، وله رجوع، فإن شاء أمه فالابن للأب نهارًا، أو أباه تزاور أو تزار أنثى، وقدم لسفرها إن أقام ولسفره لنقلة بأمن لا غير أب وأبيه إن خلف وإن ضيع لزمت من ينفق.

أى: وإذا بلغ المحضون سن التمييز وغالبه سبع سنين وقد يتقدم عليها[١] وقد يتأخر عنها والمدار على التمييز لا على سنه، خير فى الحضانة بين أبويه، وكان عند من اختاره منهما للحديث أنه ﷺ خير غلامًا بين أبيه وأمه[٢].

وإنما يخير بينهما إذا وجدت فيهما شروط الحضانة وكانت الأم خلية، ومكان الإقامة واحدًا، وإلا فلا يخير ولا يمنع التخيير زيادة أحدهما فى الدين والمال والمحبة، ويجرى التخيير بين الأم وغير الأب عند عدمه كالأخ والعم، وكذا ابن العم إن لم يكن الولد أنثى فإن كان أنثى تشتهى فالأم أولى لعدم المحرمية، إلا أن يكون له بنت تصلح فإنها تسلم إليها، قاله فى الشامل.

وإذا اختار أحد الأبوين ثم رجع واختار الآخر[٣] أعيد إليه، فإن اختار الرجوع أعيد؛ لأن المتبع شهوته كما لو[٤] اشتهى طعامًا فى وقت وغيره فى وقت آخر، نعم إذا كثر التردد بحيث يغلب على الظن قلة تمييزه ترك عند مستحق التقديم قبل التمييز.

وإذا اختار الولد أباه لم يكن له منع الأم من زيارة البنت[٥]، ولا يجب عليه أن يأذن للبنت فى الخروج لزيارة الأم، ويخلى لها الحجرة عند الزيارة، فإن كان البيت ضيقًا خرج حالة الزيارة ولا تطيل المكث فى بيته، وإن كان ذكرًا لم يمنعه من زيارة أمه ولا يحوجها إلى الخروج لزيارته، وإن أرادت زيارته لم يمنعها أيضًا من دخول بيته؛ لأنه إنما قيل يزورها لقصد التخفيف عنها، والزيارة مرة فى أيام كالعادة، وإن مرض فالأم أولى بتمريضه ذكرًا كان أو أنثى.

فإن رضى بتمريضه فى بيته وإلا نقله إلى بيت الأم، وإن مرضت الأم لم يمنع البنت من عيادتها بل لو كانت تحسن التمريض قال الرويانى: مرضتها.

---

(١) فى ط: عليه.
(٢) أخرجه أحمد (٢/٤٤٧) وأبو داود (٢٢٧٧) والترمذى (١٣٥٧) وابن ماجه (٢٣٥١) والنسائى (٦/١٨٥).
(٣) فى ط: الأخرى.
(٤) فى ط: لو يشتهى.
(٥) فى أ: البيت.

وإن اختار الأم نظرت. فإن كانت أنثى كانت عند الأم ليلاً ونهارًا والأب يزورها على العادة، ولا تخرج إلا لعيادته إن مرض.

وإن كان ذكرًا كان عند الأم ليلاً وعند الأب نهارًا يؤدبه ويعلمه القراءة(١) والصنعة، وليس لها أن تطلب إهماله بسبب اختياره إياها؛ هذا إذا كانا مقيمين. فإن سافر الأب لحاجة لم يأخذه معه بل يقف مع الأم.

وإن سافرت الأم وقف مع الأب سواء كان سفرها لحاجة أو لنقلة، وإذا سافر الأب لنقلة أخذ المحضون معه، بشرط أن يكون الطريق والبلد المنقول إليه آمنًا سواء كان ذكرًا أو أنثى احتياطًا لحفظ نسبه؛ لأنه إذا طالت مفارقته(٢) لم يؤمن اندراس نسبه فيتضرر الولد والوالد.

وأيضًا يلى لمصلحة التعليم والتأديب، والجد كالأب فى ذلك، وإن كان المتنقل غير الأب والجد كالأخ نظرت. فإن بقى مع الأم فى البلد ابن الأخ أو العم فالأم أولى؛ لأنه لا يخشى ضياع نسبه مع وجود هؤلاء.

وإن سافر لحاجة نظرت: فإن سافرت معه إلى المقصد بقيت على حقها، وإن اختلف المقصد فكذا على ما اختاره النووى، وعزاه إلى ظاهر كلام الأصحاب.

ولو نقله عن بلدها، ثم عاد به إليها عاد حقها، فلو كان بلد النقلة أو طريقه مخوفًا بنحو نهب، أو غارة لم يكن له انتزاعه من الأم.

وإن ضيع المحضون من يستحق الحضانة كما إذا كان له أم وجدة وأب فأعرض كلهم عنه وأهملوه وجبت حضانته على من عليه نفقته، وهو فى هذه الحالة الأب، فإن كان فى هذه معسرًا فعلى من تجب عليه النفقه(٣) بعده.

[وقوله فى الحاوى: «ومختار المميز» إلى قوله: «بعث إلى المكتب والحرفة»، فيه أمور:

أحدها: قوله «المميز» ؛ فاقتضى أن للمميز خبرته مطلقًا، وهو مقيد عن ذكر بعدم الأب والأم وليس كذلك بل التخيير بين الأم والأب، فإن فقد فبينها وبين الجد ثم بينها وبين الأخ ثم ولده ثم العم وبين الجدة عند عدم الأم وبين هؤلاء فالشرط أن يكون التخيير بين مستحقة الحضانة وبين أحق ذكر لها.

الثانى: قوله: «وللأم الزيارة»، لم يبين كيفية الزيارة، بل سكت عن جواز زيارة الأب

---

(١) فى أ: القرآن.
(٢) فى ط: مغادرته.
(٣) فى ط: نفقته.

لها.

الثالث: قوله: «أو الأم» فلو بعثه إلى المكتب والحرفة، سوى بين الذكر والأنثى فى جواز استحقاق البعث إلى المكتب والحرفة، وليس له أخذها منها ليبعثها إلى ذلك، بل يكون عندها ليلاً ونهارًا؛ كما قال الأصحاب.

الرابع: قوله: «فلو بعثه إلى المكتب والحرفة»، والمعروف أنه إذا كان ذكرًا كان للأب أخذه نهارًا ليؤدبه ويعلمه، ولا يختص ذلك بوقت التعليم؛ كما نصوا عليه.

الخامس: قوله: «وأخذ الصغير إن سافرت»، مقتضاه أنه يؤخذ وإن سافر الأب لحاجة أيضًا، وليس كذلك، بل إن سافرا واتحدا لمقصد فهو كما لو كانا مقيمين، وإن اختلف المقصد ففيه احتمالان، والذى اختاره النووى: أنه يستدام الحق؛ كما لو كانا مقيمين][1].

وقوله: ولعصبة وأم إسكان ذات تهمة جبرًا لا عفيفة ولو بكرًا.

أى: إذا بلغت الجارية، فإن كانت مزوجة فهى عند زوجها وإلا فإن كان هناك ريبة فلكل من العصبات إسكانها دفعًا للعار ومن لم يكن محرمًا أسكنها عند ثقة وإن لم تكن ريبة نظرت: فإن كانت بكرًا فهل للأب والجد ولاية الإسكان إجبارًا؟ وجهان: الذى قطع به العراقيون وهو المحكى عن النص أنها لا تجبر، والثانى: وهو ما اختاره الإمام الغزالى أن لهما ذلك، وهل تختص ولاية الإجبار هذه بالأب والجد أم الأخ وسائر محارم العصبات مثلهما؟ وجهان: رجح النووى ثبوتها للجميع، وأثبت البغوى أن للأم ضمها إليها عند الريبة كما أثبتها للعصبة، نقله عنه فى «الروضة» وأقره، ويستحب لها ألا تفارق أبويها أو أحدهما، والاستحباب للبكر آكد.

وقوله فى الحاوى: وعلى البكر ولاية الإسكان للأب والجد وعلى بنت عند التهمة للعصبة[2]: فيه أمران:

أحدهما: أن الأصح خلاف ما قاله من ثبوت ولاية الإسكان للبكر العفيفة قهرًا كما سبق بيانه.

الثانى: أنا وإن قلنا بإجبارها كإجبار الثيب عند التهمة، فالأصح عدم تخصيص الأب والجد، بل الأخ والعم وسائر العصبات كذلك.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: للعصب.

نفقة ملك اليمين وغيره

وقوله: وعلى رقيق جهده، وله كفاية وكسوة من معتاد وندب أكله معه أو يورِّع له لقمة، ولا يكلف خراجًا، ولا ما لا يطيق، ويجبر أمته لا زوجته على إرضاع ولدها بعد حولين وغيره إن فضل، وعلى فطام قبل.

أى: شرع فى ذكر وجوب النفقة وغيره بملك اليمين، فعلى السيد كفاية رقيقه من النفقة والأدم رغيبًا كان أو زهيدًا، أو كسوته وكل ذلك مما جرت به عادة، مثله ولا يكفى الاقتصار على ستر العورة، ولو كان السيد يتنعم فى المأكول والملبوس لم يلزمه أن يطعمه مما يطعم ولا أن يلبسه مما يلبس، وقوله ﷺ: «فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس»[١]، حمله الشافعى رضى الله تعالى عنه على الاستحباب.

وإن كان السيد يأكل ويلبس دون المعتاد لمثل هذا العبد لزهد أو بخل لم يكلف عبده بذلك، بل يلزمه له ما جرت به العادة.

ويستحب أن يجلس رقيقه معه على الطعام، فإن لم يفعل أو امتنع الرقيق تأدبا استحب أن يورِّع له لقمة أو لقمتين.

والترويع أن يرويها دسمًا، ولتكن اللقمة كبيرة تسد مسدًا لا يهيج الشهوة لقوله - ﷺ - «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليجلسه معه فإن أبى فليروغ له لقمة»[٢].

ويجوز ضرب الخراج على العبد بالتراضى ولا يلزمه.

ولا يجوز أن يكلف عبده ما لا يطيقه من العمل، والمراد ما لا يطيقه على الدوام؛ لأن المطلوب منه العمل الدائم، فإن تراضيا على خراج فليكن له كسب دائم يفى[٣] بذلك الخراج خارجًا عن نفقته وكسوته إن جعلهما فى كسبه، فإذا وفى وزاد فالزائد بر من السيد يتوسع به على العبد فى طعامه وملبسه، وإن ضرب عليه ما لا يحتمله كسبه منعه السلطان من ذلك.

وللسيد أن يجبر أمته على إرضاع ولدها، سواء كان الولد منه أو من غيره ؛ لأن لبنها[٤] ومنافعها له، وليس له أن يفرق بينهما لمرضعة أخرى، نعم له أن يضم الولد إلى غيرها فى

---

(١) طرف من حديث عن أبى ذر أخرجه البخارى (٢٥٤٥)، ومسلم (٣٨/ ١٦٦١).
(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٢١٤) كتاب العتق باب إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه (٢٥٥٧) ومسلم (٣/ ١٢٨٤) كتاب الأيمان باب إطعام المملوك (٤٢/ ١٦٦٣).
(٣) فى ط: يكفى.
(٤) فى أ: ولدها.

وقت العمل والاستمتاع بها.

وله أن يجبرها على الرضاع بعد الحولين إلا إن تضررت بذلك وعلى الفطام قبل الحولين إن كان الولد يكتفى بغير لبنها، وليس له أن يجبر زوجته على شىء من ذلك حرة كانت أو أمة، فلا يكلفها الزوج الرضاع قبل الحولين ولا بعدهما، ولا الفطام قبلهما لكن بالتراضى.

ولا يكلف الأمة إرضاع غير ولدها إلا إن فضل لبنها عن كفايته لكثرته أو قلة شربه أو اغتذائه بغير اللبن فى أكثر الأوقات.

وقوله فى الحاوى: ويحب للرقيق قدر الكفاية، فيه أمران:

أحدهما: قوله والجنس فى الكسوة ليس على إطلاقه بل الواجب ما جرت به العادة، ويراعى حال السيد فى اليسار والإعسار، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس وخشنه[١].

الثانى: قوله: «ويجبر المستولدة لرضاع[٢] ولدها»، لا يختص ذلك بالمستولدة [بل يجبر كل أمة][٣] على إرضاع ولدها.

نفقة البهائم

وقوله: ولزم علف سائمة بجدب لا عمارة عقار فإن امتنع أجبر، ثم بيعت أو أجرت ثم من بيت المال، ويحلب ما لا يضر لولد.

أى: ويجب على من له نعم سائمة إذا وقع الجدب وانقطع المرعى أن يعلف نعمه كما يجب عليه أن يسيمها لحرمة الروح[٤].

وإذا وجب العلف فالسقى من طريق الأولى، ويجب[٥] غصب العلف للدابة، أشرفت على التلف إذا لم تجد غيره ولم يبعه المالك وغصب الخيط لجراحتها.

وإن خصبت البلاد وأطلقت الدواب فى المرعى واكتفت بالرعى[٦] و ورود الماء قام ذلك مقام العلف والسقى.

ويحرم حلب ما لا يعيش ولا ينمو ولد البهيمة إلا به، ويجوز ذبح ولد البهيمة ولا يجوز بيعه قبل استغنائه عن اللبن.

---

(١) فى ط: وجنسه.
(٢) فى أ: على رضاع.
(٣) فى ط: بل يحمل كلامه.
(٤) فى أ: الزوج.
(٥) فى ط: ويجوز.
(٦) فى أ: واكتفى بالمرعى.

ولا يجوز حبس كل حيوان محترم عما يقوم به للحديث «أن امرأة دخلت النار فى هرة ربطتها فلم تدعها تأكل من خشاش الأرض ولم تطعمها حتى ماتت جوعًا»[١].

ولا يجوز أن يكلف دابته ما لا تطيق من الحمل الثقيل واليسير الدائم. وإن كان له عقار من أرض أو دور حصل فيها خراب لم يلزمه عمارتها.

ولا يلزمه سقى زرعه وشجره لكن يكره ترك سقيه الممكن لما فيه من إضاعة المال، ولا يكره ترك زرع الأرض ويكره ترك عمارة الدار. ولا يكره بناء الدور للحاجة والأولى ترك الزيادة، وقيل: يكره.

* * *

(١) أخرجه البخارى (٦/ ٥١٢) كتاب بدء الخلق باب إذا وقع الذباب فى شراب أحدكم (٣٣١٨) ومسلم (٤/ ١٧٦٠) كتاب السلام باب تحريم قتل الهرة (١٥١/ ٢٢٤٢) عن أبى هريرة وابن عمر.

الجراح[1]

وقوله: باب: على ملتزم يفضل عند رمى أو إصابة بإسلام وأصالة وسيادة وحرية ونسبة بدل غير أذن وأنف شلا إلى نفس، ولم يشارك فى تبعيض بإتلاف معصوم بإيمان أو أمان من رمى إلى فوت كقاتل من غير مقتص وكَزَان[2] محصن ويد سارق من مثله وذمى ومرتد ولقصاص مرتد من مرتد.

أى: يجب على كل ملتزم لأحكام الشرع وهو المكلف مسلما كان أو مرتدا أو ذميا لا الحربى؛ لأنه لم يلتزم الأحكام، ولا الصبى والمجنون ؛ لعدم أهليتهما للالتزام والمنقطع جنونه حال الإفاقة كالعاقل[3]، نعم إن جنى عاقلًا ثم جن استوفى منه، وكذا لو ثبت بإقراره بخلاف الحد فإنه لا يستوفى حال جنون من أقر وهو عاقل ؛ لأن الرجوع عن الإقرار مقبول فيه لا فى القصاص.

ويقتص من السكران والمتعدى بتناول الأدوية المزيلة للعقل، وصدق مدعى الصبى بالإمكان بلا يمين ؛ لأنها تثبت ما يبطلها[4].

---

(١) وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى التعبير عن هذا الباب، فسماها البعض: الدماء؛ اعتبارًا بنتيجة الجناية نفسها، وسماها البعض: الجراح؛ اعتبارًا بالطريقة التى تتم بها الجناية غالبًا. وأطلق بعضهم عليها: القصاص والديات والجناية تشملهما معًا.

كما أن من الفقهاء من أدخل الحدود فى الجنايات، وعليه جرى تعريف ابن عرفة فى كتابه: الحدود، فقال فى تعريفها: «فعل هو بحيث يوجب عقوبة فاعله بحد أو قتل أو قطع أو نفى».

والتبويب بالجناية أولى لشمولها للجراح وغيره، كالقتل بمثقل ومسموم وسحر.

(٢) فى ط: وكذا إن.

(٣) ولا يجبُ القصاصُ على الصبىِّ والمجنون؛ لقوله ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثَة: عَنِ الصَّبِى حَتَّى يَبْلُغ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ المَجْنونِ حَتَّى يُفيق».

ولأنَّ القصاص مِنْ حقوقِ الأبدان، وحقوقُ الأبدانِ لا تجبُ على الصبىِّ والمجنون، كما قلنا فى الصلاة والصَّوْم

(٤) اختلف الفقهاء فى السكران: وهل يقتص منه أم لا؟ على قولين، وقبل ذكر الخلاف نحرر محل النزاع فنقول: -

إذا سكر بحلال، أو كان جاهلًا فلا قود عليه؛ كالمجنون، أما إذا سكر بحرام فالخلاف فيه على قولين -:

الأول: يجب القصاص على السكران إذا قتل أحدًا فى حال سكره.

وهو ما ذهب إليه الحنفية وقال به المالكية والمذهب عند أصحابنا الشافعية وأصح الروايتين عن الإمام أحمد.

الثانى: ليس على السكران قصاص.

وذهب إليه بعض أصحابنا الشافعية، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد.

وقد استدل أصحاب المذهب الأول بالقرآن وآثار الصحابة وإجماع المسلمين والمعقول. =

. . . .

= أولا: الاستدلال من الكتاب

- قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣].

ووجه الدلالة: أن الله عز وجل خاطبهم فى حال السكر؛ فدل ذلك على أن السكران مكلف فإذا قتل فى حال سكره اقتص منه؛ لأنه مكلف.

ورُدَّ على هذا الاستدلال: بأن النهى فى الآية، إنما هو عن أصل السكر الذى يلزم منه الاقتراب من الصلاة، وقوله فى آخر الآية: ﴿حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ دليل على أن السكران يقول ما لا يعلم، ومن كان كذلك فكيف يكون مكلفا، وهو غير فاهم؛ إذ الفهم شرط التكليف؟.

ثانيًا: الآثار -:

١- روى مالك والبيهقى: أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية بن أبى سفيان يذكر أنه أتى بسكران قد قتل رجلا، فكتب إليه معاوية: أن اقتله به.

٢- وروى مالك أيضا بسنده أن عمر بن الخطاب استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على ابن أبى طالب «نرى أن نجلده ثمانين؛ فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى».

ووجه الدلالة: أن الصحابة - رضى الله عنهم - أقاموا سكره مقام قذفه، فأوجبوا عليه حد القذف، وإذا وجب الحد، فالقصاص حق آدمى أولى.

ورد هذا الاستدلال بالإجماع؛ حيث ورد الإجماع من الصحابة على أن من هذى فلا حد عليه ولو كفر أو قذف، فكيف يستدلون بما هم مخالفون له.

- واستدلوا بأن السكران عاص بفعله فلا يزول عنه الخطاب بالسكر ولا الإثم؛ لأنه يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل وقوعه فى السكر فإذا قتل فى حال السكر اقتص منه.

ودارت المناقشات حول هذا الدليل بأن فاقد العقل لا تختلف فيه الأحكام بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته أو من جهة غيره، أما قضاء الصلوات فإنه يجب عليه قضاء الصلاة التى فاتته وهو غير مكلف حال النوم بلا نزاع.

ثالثًا: المعقول:

ومن الأدلة التى استدلوا بها - أيضًا -: سد الذريعة؛ وذلك لأنه لو لم يكن القصاص واجبًا عليه، لأدى إلى أن من أراد أن يقتل عدوه لا يعجز أن يسكر ثم يقتل حتى لا يقتص منه، ويصير عصيانه سببًا لسقوط العقوبة عنه؛ فكان فى إيجاب القصاص على السكران سد لهذا الباب وقطع لدابر الجريمة.

واستدل أصحاب الرأى الثانى بالسنة والمعقول:

أولا: من السنة:

فقد روى أن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - قال: بقر حمزة - رضى الله عنه - خواصر شاتى، فطفق النبى ﷺ يلوم حمزة، فإذا حمزة قد ثمل محمرة عيناه، ثم قال حمزة: هل أنتم إلا عبيد لأبى، فعرف النبى ﷺ أنه قد ثمل فخرج وخرجنا معه. رواه البخارى.

ووجه الدلالة أن النبى ﷺ لم يلزم حمزة - رضى الله عنه - حكم كلمته مع أنه لو قالها غير سكران لكان كافرا.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الخمر فى ذلك الوقت لم ينزل فيها حكم التحريم، فكانت مباحة، وقد قام الخلاف بعد تحريمها، ومن ثم فلا دلالة للحديث على عدم القصاص من السكران.

ثانيًا: المعقول:

حيث قالوا بأن السكران زائل العقل فهو كالمجنون؛ ولذلك فهو غير مكلف كالصبى والمجنون. =

ولو قال: كنت يوم الجناية صغيراً صدق بيمينه ؛ كمدعى تقدم جنون عهد، ولو قال: كنت مجنوناً، فقال المجنى عليه: بل كنت سكرانًا - صدق الجانى بيمينه.

ولا يقتص من الملتزم إلا إذا لم يفضل المجنى عليه بإحدى[(١)] الخصال الأربع، فلا يقتص من مسلم لكافر ذميًا كان أو حربيا، مرتدًا كان أو أصليًا.

ويقتل الذمى بالذمى ؛ كاليهودى بالنصرانى والمجوسى وعكسه، ويقتل المرتد بالذمى ولا عكس[(٢)]، فإن عفا بمالٍ قتل بالردة وأخذت الدية من ماله كما إذا قتله خطأ.

ولا يقتل أصل بفرع، سواء كان أبًا أو أمًا أو جدًا من جهة الأم أو من جهة الأب ؛ لقوله ﷺ: «لا يقاد الوالد بالولد، ولا يقتل السيد بعبده»[(٣)] ولو كان أباه[(٤)]، ويتصور ذلك فى المكاتب يشترى أباه فإنه لا يعتق عليه، فإذا قتله لم يجب عليه القصاص على الأصح؛ لأنه سيده.

= والصبى والمجنون ليس عليهما القصاص، فكذلك السكران لا يجب عليه القصاص مثلهما.

وناقش كثير من العلماء هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق؛ لأن السكران أزال عقله بإرادته بخلاف المجنون فزوال عقله خارج عن إرادته، فضلا عن أن السكران مكلف عند كثير من العلماء، بخلاف الصبى والمجنون.

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من وجوب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره؛ سدًا للذريعة لقوة استدلالهم. والله أعلم

(١) فى ط: المجنى بإحدى.

(٢) إذا كافأ الجانى المجنىَّ عليه، وهو أنْ يكونَ ممَّنْ يُحَدُّ أحدهما بقذْفِ الآخر، فإنه يجب القصاص على الجانى: فإن قتل المسلمُ مسلمًا، والكافرُ كافرًا - سواء كانا على دِين أو على دينين - أو قَتَلَ الرجلُ رجلا، أو المرأةُ امرأةً، أو قتل الحرُ حرًا، أو قتل العبد عبدًا وجب القصاص على القاتل؛ لقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ولأنَّ كل واحد منهما مساو لصاحبه فقتل به.

ويقتل الكافر بالمسلم، والعبد بالحر، والأنثى بالذكر؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وهو إجماع، ولأنه إذا قُتِلَ بمَنْ يساويه فَلأَنْ يُقْتَلَ بمن هو أعلى منه أوْلَى.

ويُقْتَلُ الذكر بالأنثى، وهو قولُ أكثر العلماء؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وهذا عامٌ إلا فيما خصَّه الدليل.

وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حَزْم، عن أبيه عن جده، أن النبىَّ ﷺ كتب إلى أهل اليمن: «يُقْتَل الرَّجُلُ بِالْمرأة».

ولأنهما شخصانِ يحدُّ كل واحدٍ منهما بقذف صاحبه، فجرى القصاص بينهما، كالرجلَين والمرأتَين

(٣) أخرجه الترمذى (١٤٠٠) وابن ماجه (٢٦٦٢) ومن طريق أخرى أخرجه الحاكم (٢/٢١٦).

(٤) اختلف العلماء فى قتل الأب بابنه على رأيين.

الرأى الأول: وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة وأحمد أن الأبوة تمنع من وجوب القصاص فلا =

. . . .

= يقتل الأب بابنه.

الرأى الثانى: وهو قول الإمام مالك، حيث ذهب إلى أن الأبوة لا تمنع وجوب القصاص، إذا كان يقصد قتل ابنه - كأن يضجعه ويذبحه - أما إذا لم يقصد فلا يقتل به.

واستدل أصحاب الرأى الأول بالقرآن والسنة:

أولا - من الكتاب:

استدلوا بقوله - عز وجل -: ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] الآية.

ووجه الاستدلال: أن الله - عز وجل - أمر الابن فى الآية بألا يقل لوالديه: أف ولا ينهرهما، وأمره بأن يقول لهما قولا كريمًا، وأن يخفض لهما جناح الذل، ولم يخصص حالا دون حال، بل أمره بذلك أمرًا مطلقًا عامًا فغير جائز ثبوت حق القود له عليه؛ لأن قتله به يضاد هذه الأمور التى أمر الله تعالى بها فى معاملة والده.

ثانيًا: السنة:

استدلوا بما رواه الترمذى وابن ماجه والدارقطنى وابن عباس - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقتل بالولد الوالد».

واستدلوا أيضًا بما رواه أحمد والترمذى وابن ماجه عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يقتل الوالد بالولد».

واستدلوا برواية الدارقطنى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن قتادة بن عبد الله قال له عمر ابن الخطاب: لولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد والد بولده» لقتلتك.

واستدلوا كذلك بما جاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقاد الوالد بولده وإن قتله عمدًا» رواه الدارقطنى.

وأيضا: بما رواه الترمذى عن سراقة بن مالك قال: حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه.

والأحاديث الدالة على أنه لا يقاد الوالد بولده كثيرة.

ووجه الدلالة: أن هذه الأحاديث تدل على أنه لا يقتل الوالد بولده، فلا يقتل الوالد وإن علا بولده وإن سفل.

ووردت اعتراضات على أسانيد هذه الأحاديث، فقيل: إنها ضعيفة، فحديث ابن عباس قال فيه الترمذى: هذا حديث لا نعرفه بهذا الإسناد مرفوعًا إلا من حديث إسماعيل بن مسلم، وإسماعيل بن مسلم المكى تكلم فيه بعض أهل العلم من قِبَل حفظه.

وحديث عمر بن الخطاب قال ابن العربى فيه: «هو حديث باطل».

والحديث الثالث فى إسناده حجاج بن أرطأة، قال فيه ابن المبارك: «كان الحجاج يدلس فيحدثنا بالحديث عن عمرو بن شعيب مما يحدثه عن العرزمى، والعرزمى متروك.

وحديث سراقة بن مالك قال فيه الترمذى: هذا حديث لا نعرفه من حديث سراقة إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بصحيح، رواه إسماعيل بن عياش عن المثنى ابن الصباح، والمثنى بن الصباح يضعف فى الحديث.

وأجيب بأن هذه الأحاديث وغيرها - وإن كان فى أسانيد بعضها ضعف - فإن كثرتها فى هذا الباب يجعلها تقوى بعضها بعضًا، إضافة إلى تلقى الأئمة لها بالقبول، حتى أن خبر عمر الذى رواه الدارقطنى والبيهقى الذى فيه قصة الذى حذف ابنه بالسيف فقتله، والذى قال فيه عمر: «لولا أنى =

. . . .

= سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يقاد الأب من ابنه لقتلتك، هلم ديته. . .» خبر مستفيض مشهور، حكم به عمر ابن الخطاب بحضرة الصحابة فلم يعترض أحد منهم عليه؛ فكان بمنزلة قوله: «لا وصية لوارث» ونحوه فى لزوم الحكم به.

وقال ابن عبد البر: هو حديث مشهور عند أهل العلم مستفيض عندهم، يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد فى مثله مع شهرته تكلفًا.

ومن الأحاديث التى استدل بها الرأى القائل بأن الأبوة تمنع القصاص من الأب فلا يقتل بابنه الحديث الذى رواه ابن ماجه عن جابر بن عبد الله أن رجلا قال: يا رسول الله، إن لى مالا وولدًا، وإن أبى يريد أن يجتاح مالى، فقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك». وهذا حديث قيل فيه: إسناده صحيح، ورجاله ثقات على شرط البخارى.

واستدلوا أيضًا بما رواه ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال: إن أبى اجتاح مالى فقال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك».

ووجه الدلالة من الحديثين: أنه ﷺ أضاف نفس الابن إلى الأب كإضافة ماله إليه وإطلاق هذه الإضافة ينفى القود؛ ذلك أنه إذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت صحة هذه الإضافة شبهة فى درء القصاص؛ لأن القصاص مما يدرأ بالشبهات.

ورد على وجه الاستدلال بأن هذه الشبهة ملغاة؛ بدليل أن الزوج يقتل بزوجته وإن وجد بينهما شبهة التمليك.

وأجيب عن الاعتراض بأن الشبهة فى تملك الوالد لولده قوية؛ إذ هى ثابتة بالنص، ولا لبس فيها، أما شبهة تملك الزوج لزوجته فهى شبهة لا ترقى إلى هذه الشبهة، والزوج لا يملك من الزوجة إلا حل الاستمتاع بخلاف الوالد.

ثالثًا: الآثار:

استدلوا - أيضًا - بأقوال الصحابة - رضى الله عنهم - فقد روى العمل بهذا الرأى عن عمر بن الخطاب وابن عباس كما مر معنا، ولم نعرف لهما مخالفًا من الصحابة، وحكم عمر بعدم قتل الوالد بولده بمشهد من الصحابة ولم ينكر عليه أحد؛ فكان إجماعًا.

رابعًا: الدليل العقلى:

واستدلوا من المعقول بأن الأب سبب فى إيجاد الابن؛ فلا يصح أن يكون الابن سببًا فى إعدامه.

وجاء الاعتراض على الدليل من جهة أن هذا يبطل بما إذا زنى الأب بابنته - والعياذ بالله - فإنه يرجم، وكان سبب وجودها، وتكون هى سبب عدمه.

ورد على الاعتراض بأن الرجم حق لله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص.

وأما الرأى الثانى - وهو رأى مالك رحمه الله - فقد استدل له بعمومات الكتاب والسنة والمعقول.

أولا: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨].

ووجه الدلالة: أن الله - عز وجل - أوجب القصاص على كل قاتل معتد وإن كان أبًا؛ إذ الآية عامة فى كل قاتل ولم يرد فى الآية ما ينفى ذلك.

واستدلوا كذلك بعموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].

ووجه الدلالة: أن الله - عز وجل - أمر أن نقتل النفس بالنفس، وعموم ذلك يدل على أن كل من تعمد القتل يقتل سواء كان أبًا أم غيره، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد فى شرعنا ما ينسخه ما دام أن الله - عز وجل - ورسوله ﷺ قصه علينا من غير نكير. =

ولا يقتل حر بمن فيه رق وإن قل[١]. ولو قتل رجل رجلا ولم تعرف حريته أو إسلامه، لم يقتص منه، ولا يقتل حر ذمى بعبد مسلم ولا عكسه[٢].

= ونوقش هذا الاستدلال بأن هذا عموم، والأحاديث التى ورد فيها أن الوالد لا يقاد بولده، وإن كانت أخبار آحاد إلا أن حديث «لا يقاد الوالد بولده» حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول، فصلح مخصصًا لعموم هذه الآيات.

ثانيًا: السنة:

استدل مالك بقوله ﷺ: «القصاص كتاب الله» رواه مسلم.

وقوله ﷺ: «العمد قود»، وفى رواية: «من قتل عمدًا فهو قود» رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه.

فإن عموم هذه الأحاديث وغيرها يدل على أن كل من تعمد القتل يقتص منه ولو كان الأب خارجًا عن ذلك العموم لبينه رسول الله ﷺ؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

ونوقش هذا الاستدلال بمثل ما نوقش به وجه الاستدلال بعموم الآيات السابقة، إضافة إلى هذا فإن النبى ﷺ لم يؤخر البيان عن وقت الحاجة؛ إذ إنه قد بين أن الأب خارج عن ذلك العموم بقوله ﷺ: «لا يقاد والد بولده» ؛ وبهذا بطل استدلالكم بعموم هذه الأحاديث.

ثالثًا: الدليل من العقل:

استدل مالك من المعقول بأن الأب وابنه شخصان متكافئان فى الدين والدم والحرية، فإذا كانا كذلك وجب أن يقتص من أحدهما للآخر كما يقتص من كل قاتل توافرت فيه تلك الشروط، ولكن لما كان للأب من التسلط على تأديب ابنه وماله من شفقة الأبوة فإنها تكون شبهة منتصبة شاهدة بعدم القصد إلى القتل تسقط القود، أما إذا أضجعه وذبحه، فقد كشف الغطاء عن قصده، وهو القتل العمد؛ إذ الظاهر فى مثل استعمال الجارح فى المقتل، هو قصد العمدية فالتحق بأصله وهو القصاص.

واعترض على هذا الدليل: بأن الأب يفارق سائر الناس، فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص، والأب بخلافهم، وهذا باتفاق بيننا وبينكم، فإذا كان الأمر كذلك، فما الفارق بين هذه الصورة وبين إضجاعه وذبحه؛ إذ إن كلا منهما قتل بما غلب على الظن قتله به؟

وهذا التفريق رأى خاص بمالك - رحمه الله - وقد أثبت النص أنه لا قود للولد من والده وإذا ثبت النص فلا يقاومه شىء.

(١) إن قتل حر عبدًا لم يقتل به، سواء كان عبده أو عبد غيره؛ لما روى ابن عباس، أن النبى ﷺ قال: «لَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبدٍ» وروى عن على - رضى الله عنه - أنه قال: «من السنه ألا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَبْدٍ»، وإذا قال الصحابى: «من السنة كذا وكذا» اقتضى ذلك سنة رسول الله ﷺ، ولأن كل شخصين لم يجر القصاص بينهما فى الأطراف لم يجر بينهما فى النفس؛ كعبد نفسه، وكالمسلم والمستأمن، هذا مذهبنا، وهو قول جمهور الفقهاء، وهو مروى عن أبى بكر وعمر وعلى.

وقال النخعى والبخارى: يقتل الحر بالعبد مطلقًا، سواء كان عبد القاتل أو عبد غيره.

وذهب الحنفية وسعيد بن المسيب والشعبى وقتادة والثورى إلى أنه يقتل الحر بالعبد إلا السيد فلا يقتل بعبده.

(٢) اتفق الفقهاء على أن المسلم إذا جنى على نفس مسلم عمدًا - وجب عليه القصاص، متى توافرت شرائطه. وأما إذا جنى على نفس كافر عمدًا: فإن كان حربيا فلا قصاص عليه؛ لأنه محارب مهدر الدم؛ فكان قتله مباحا، بل قربة يتقرب بها، وطاعة يرجى الثواب عليها.

وإن كان المجنى عليه ذميا، وكان القتل عمدًا - أيضًا - فقد اختلف الفقهاء فى وجوب القصاص =

. . . .

= من المسلم.

فمذهبنا: أنه لا يُقْتَلُ المسلِمُ بالكافر، سواء كان الكافر ذميًا أو مستأمنًا أو معاهدًا، وإلى هذا ذهب الحنابلة والثورى والأوزاعى، وهو مروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت، والدليل على هذا من الكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول.

أما الكتاب:

فأولا: قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وجه الدلالة: أن الآية - وإن كانت بلفظ الخبر - إلا أنه أريد بها النهى، وقد نفت الآية كل سبيل لكافر على مؤمن؛ لأن السبيل نكرة فى سياق النفى؛ فيعم، وحيث كان القصاصُ سبيلا من السبل يكون داخلا فى عموم النفى فينفى.

ثم لا يمكن حمل السبيل على معنى الحجة والبرهان للكافر على المسلم؛ لأن هذا الحمل خاص؛ فلا يناسب عموم اللفظ، أو لأن هذا معلوم من غير الآية؛ فلا يجوز حملها على ما هو معروف من غيرها.

ونوقش هذا بأن الآية ورد فيها عن السلف تأويلات كلها محتملة؛ فيجب التحاكم إلى قواعد الشريعة لمعرفة ما هو أولى بالقبول، فحيث نفى الله السبيل فى الآية، كان محتملا لأن يكون فى الآخرة فقط، كما روى عن على وابن عباس؛ بدليل عطفه على قوله: ﴿فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾ [النساء: ١٤١].

ويحتمل أن يكون المراد نفى السبيل فى الدنيا؛ كما جنح إلى ذلك السدى، وخصه بالتام على معنى الاستئصال، فلا يتمكن الكافرون من استئصال المؤمنين.

ويحتمل أن يكون السبيل المنفى عامًا فى الدنيا والآخرة، إلا ما خصه الدليل، وهذا الأخير هو الراجح؛ استنادًا إلى ما هو الأصل فى الكلام؛ وهو العمومُ، إلا ما خص بدليل، وقد قام الدليل على أن القصاص خارج.

الدليل الثانى: قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠].

حيث دلت الآية على عدم المساواة بين المؤمنين والكفار؛ لأن الآية - وإن اشتملت على فعل منفى؛ وهو لا يعم - إلا أنها متضمنة لنكرة، وهى عامة - اتفاقا - بعد النفى، فالتقدير: لا استواء بين هؤلاء وهؤلاء، ونفى التساوى بينهما يمنع من تساوى نفوسهما، وتكافؤ دمائهم؛ إذ القصاص مبنى على المماثلة والتساوى، فلا يثبت القصاص بين المسلم والكافر.

ونوقش: بأن الآية لا يلزم منها عدمُ الاستواء فى العصمة؛ لأن مثل هذا الكلام لا عموم له، كما فى قوله تعالى: ﴿هَلْ يَسْتَوِى ٱلْأَعْمَىٰ وَٱلْبَصِيرُ﴾ [الأنعام: ٥٠]، والمنفى هو الاستواء فى البصر والعمى، لا فى كل وصف؛ ولهذا يجرى القصاص بينهما؛ لاستوائهما فى العصمة، ثم الآية تحتمل أن يكون المنفى هو المساواة فى الآخرة فى الثواب والعقاب، يؤيده قوله تعالى بعده: ﴿أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾ [الحشر: ٢٠].

وأيضا كون الشخص صاحب جنة أو نار أمر غير مدرك بل هو موقوف على الخاتمة، وإذا كان غير مدرك، لا يدخل تحت علم القاضى أنه من أهل الجنة، فلا يقتل بمن هو من أهل النار.

وأما السنة -:

فأولا: ما أخرجه البخارى عن أبى جحيفة قال: «قُلتُ لعلى - رضى الله عنه -: يا أميرَ المؤمنينَ، هل عندكمْ سَوْدَاء فى بيضَاء لَيْسَ فِى كتاب اللّهِ؟ قال: لا، والذِى فَلَقَ الَحبة وَبَرَأَ النسمة ما عَلِمْتُه إلاَّ فَهْمًا يُعطِيه اللّه رجلا للقرآنِ وما فى هذه الصحيفة قلت: وما فى هذه الصحيفة؟ قال: فيها العَقْلُ وَفكاكُ الأسِيرِ، وَألاَّ يُقْتَلَ مُؤْمِنٌ بِكَافر». =

ويشترط فى قصاص الطرف ألا يفضل بدل طرف الجانى بدل طرف المجنى عليه بالنسبة إلى نفسه لا فى المقدار، فتقطع يد الرجل بيد المرأة وإن كان بدلها أكثر مقداراً ؛ لأن بدل يد كل واحد منهما بالنسبة إلى نفسه سواء.

فلو فضلت إحداهما بالنسبة إلى النفس بأن كانت يد الجانى صحيحة أو تامة ويد الآخر شلاء أو ناقصة ؛ فإنه[١] لا يقتص بها منه، بخلاف الأذن فإنه يستوى فى وجوب القصاص الصحيحة والشلاء، لا فى الدية، فتقطع الصحيحة بالأذن الشلاء على الأظهر؛ لاستوائهما فى الجمال وجمع الصوت ورد ورود الهوام، كما ذكره فى الروضة وأصلها، وإن كان بدلها أكثر مقداراً، فلو قطعت امرأة تامة الكف كف رجل تنقص أنملة لم تقطع يدها ؛ لأن يدها بالنسبة إلى نفسها تامة فيها نصف ديتها، ويده بالنسبة إلى نفسه ناقصة ليس فيها نصف ديته، على أن دية هذه الناقصة أكثر مقداراً من دية تلك التامة.

وتقطع يد عبد قيمته ألف بيد عبد قيمته مائة بهذه العلة.

= ثانيا: ما رواه عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جَده: أن النبى ﷺ قال: «لاَ يُقْتَلُ مؤمِنٌ بِكافرٍ، وَلاَ ذُو عهْدٍ فِى عهدِه».

ومعنى قوله: «لَا يقْتَلُ ذُو عَهْدٍ فِى عَهْدِه» أى: لا يجوزُ قتل أهل الذّمة، ولأنه مسلم قتل كافرًا، فلمْ يُقْتَلْ به، كالمستأمَن.

ثالثا: ما روى قتادة عن الحسن عن قيس قال: انطلقت أنا والأشتر إلى على بن أبى طالب، فقلنا له: هل عهد إليك رسول الله ﷺ شيئا لم يعهده إلى الناس؟ فقال: لا؛ إلا ما فى هذا الكتاب، وأخرج كتابًا من قراب سيفه، فإذا فيه: «الْمُسْلِمُونَ تَتَكافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ، وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ أَلاَ لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَلاَ ذُوْ عَهْدٍ فِى عَهْدِهِ» رواه أحمد والنسائى.

ونوقشت بأن هذه الروايات - مع صحتها وعدم الطعن فى راو من رواتها - بأنها لا تصلح للاستدلال؛ لأن المستدِلَّ اعتبر صدر الحديث، وصرف النظر عن باقيه؛ مع أن الآخر يرد الأول.

وبيان ذلك: أن الحديث اشتمل على جملتين: الأولى: لا يقتل مسلم بكافر، والثانية: ولا ذو عهد فى عهده، والأولى معطوف عليه تام، والثانية معطوف ناقص، ومثل هذا لا بد فيه من تقدير فى الجملة الثانية لتكون مفيدة؛ لأن العطف للتشريك، وحيث كان العامل فى الجملة الأولى هو الفعل المقيد بكافر؛ يقدر فى الثانيه بحاله؛ فيصبح معنى الحديث: «لايُقْتَل مُسلِمٌ بِكَافِرٍ، ولا ذو عهد فى عهده بكافر». والذى دعا إلى هذا التقدير: أنه لو ترك على حاله، وبدون تقدير لَصَادم الإجماع؛ لأن ظاهره يفيد أن الذمى لا يقتل مطلقا. وهذا لا يتفق مع إجماعهم على قتل الذمى بالذمى؛ فنظَرا لهذا الإجماع خص الكافر المقدر فى الجملة الثانية بالحربى؛ فيسرى ذلك التخصيص إلى الكافر الملفوظ به فى الجملة الأولى، وحينئذ يصير تقدير الحديث: لا يُقْتَل مسلمٌ بكافر حربى، ولا يقتل ذو عهد فى عهده بكافر حربى.

ومفهومه: أن يقتل المسلم بالذمى، وهو ما يخالف دعوى أصحابنا الشافعية.

(١) فى ط: فإنها.

ولو رضى ذو التامة أن تقطع بالناقصة لم يجز.

وفهمت من حصره امتناع القصاص بالفضل فيما ذكر أنه يقتص بالمرأة من الرجل ؛ لأنه لم يفضلها بشيء مما ذكر، وأنه يقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعدل بالفاسق، وكذلك يشترط ألا يشترك الجانى والمجنى عليه فى تبعيض الرق والحرية، فلا يقتل من بعضه حر وبعضه رقيق، بمن بعضه حر وبعضه رقيق لكن لو تساويا أو كان المقتول أكثر حرية فوجهان، الأصح أنه لا قصاص للشيوع ؛ لأنه لا يمكن إفراد كل بل يلزم منه أن يقتل الجميع بالجميع ؛ ولهذا لا نقول: إن المبعض إذا قتل حرًّا خطأ أنه يجب نصف الدية على العاقلة ونصفها فى رقبته، بل يجب ربع الدية وربع القيمة فى قيمته، وربع الدية وربع القيمة على العاقلة.

ويشترط ألا يكون القاتل أفضل حال الرمى أو الإصابة، فلو رمى حر إلى عبد فعتق قبل الإصابة لم يجب القصاص. وكذا إذا رمى مسلم إلى ذمى فأسلم قبل الإصابة، وإن حصلت الكفاءة عند الإصابة، صرح به فى العزيز والروضة نقلا عن الرويانى وغيره.

ولو قتل ذمى ذميا، [ثم أسلم القاتل استوفى منه القصاص للتكافؤ فى حال الجناية، وكذا لو جرح ذمى ذميا][1] أو معاهداً ثم أسلم الجارح فمات المجروح بالسراية، وإن رمى ذمى إلى ذمى ثم أسلم الرامى قبل الإصابة - فلا قصاص ؛ لأنهما لم يتكافآ حال الإصابة بخلاف الأولى.

وإذا اجتمع فى الملتزم هذه الشروط وأتلف آدميا معصوماً، أو طرفاً من أطرافه المعصومة إما بإيمان أو أمان، واستكمل باقى الشروط الآتية - لزمه القود، فلا قود فى قتل غير المعصوم كالحربى والصائل والباغى.

ويشترط لوجوب القصاص أن يكون معصوماً من الرمى إلى الفوت[2]؛ فلا بد من العصمة حال الرمى والإصابة والفوت وما بين ذلك كله. فلو رمى مسلم إلى مسلم، فارتد ثم أسلم، ثم أصابه أو أصابه ثم ارتد، ثم عاد إلى الإسلام، ثم مات - فلا قصاص، سواء طال زمن الردة أم قصر على الأصح، وقد علمت أن الحربى غير معصوم وكذلك القاتل غير معصوم من ولى القصاص فقط معصوم ممن سواه، والزانى المحصن ليس بمعصوم من المسلم العفيف، معصوم بالنسبة إلى زان مثله، ومعصوم من الذمى والمرتد، فإذا قتل أحد هؤلاء الثلاثة لزمه القصاص ؛ لأن الكافر لا سبيل له على المسلم، والمثلان متكافئان.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: الفوات.

وليد السارق حكم الزانى المحصن معصومة من هؤلاء لا من غيرهم، والمرتد معصوم من المرتد حتى يجب القصاص فقط، فإذا قتل المرتد المرتد وجب القصاص، ومتى آلت هذه الجناية إلى المال لم تجب الدية على الأصح.

واعلم أنه فى الحاوى أخَّر القصاص، وتكلم أولا فى الكفارة والدية، فرأيت تقديم العمد الموجب للقصاص، ثم الخطأ، ثم شبه العمد، ثم ما يجب فى الرقيق، ثم فى الجنين، ثم ما يوجب الحكومة[1] - أنسب.

[وقوله فى الحاوى «وتعقب تلف معصوم . . .» إلى قوله: «والمرتد»، فيه أمور:

أحدها: قوله: ويد السارق على غير المستحق، هذا قول الماوردى، والمجزوم به فى «العزيز» و«الروضة» فى باب السرقة: أنه إذا قطعها أجنبى لا قطع عليه لأنها مستحقة القطع، ورأى الرافعى أن حكمها حكم الزانى، وفيه وجهان:

الأصح: أنه لا قصاص ولا ضمان.

الثانى: أنه قطع بأن المرتد معصوم من المرتد وأطلق؛ فاقتضى أن تلزمه الدية إذا كان إلى المال، والأصح فى العزيز والروضة: أنه لا تجب الدية وإن وجب القصاص.

الثالث: قوله «على الملتزم» لم يفضله لدى الإصابة، اكتفى بالكفاءة عند الإصابة، فيرد عليه ما إذا رمى حر إلى عبد فعتق قبل الإصابة فإنه لا قصاص ولم يفضله حال الإصابة.

الرابع: أن اقتصاره على أن التفاضل إنما هو بالإسلام والحرية والإصابة، يقتضى أن المكاتب إذا ملك أباه وقتله أنه يقتص منه؛ لأنه لم يفضله بشىء من الخصال الثلاث، والأصح أنه لا يقتل به؛ لأنه سيد، وقد ذكره فى الحاوى وقال: لا قصاص؛ ولهذا زدنا فى الإرشاد: «وسيادة»][2].

وقوله: ظلماً عمداً محضاً، بأن قصد الفعل والإنسان وإن ظنه كافرًا لا فى دار حرب أو صفهم بل يهدر أو عهده حربيًا مباشرة، ولو أكره لا بأمر إمام ظن عدله، ولم يضمن بما يقتل غالباً كمثقل وإيغال بإبرة فى مقتل أو مع ورم وألم.

أى: على الملتزم بإتلاف المعصوم ظلماً، يحترز عن الإتلاف بحق كقتل الصائل والباغى والمقتص منه، ولا يحتاج أن يقول: ظلماً لتفويته ؛ لأن الظلم هنا صفة للإتلاف والإتلاف هو التفويت، وهو فى عبارة الحاوى صفة للفعل المعقب للإتلاف فيرد عليه التعدى فى كيفية القصاص، فأراد تخصيصه بقوله: لتفويته ؛ لأن التفويت لم يكن ظلمًا.

---

(١) سيأتى تعريف المصنف لها فى بابها.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

واحترز بالعمد عن الخطأ وبالمحض عن شبه العمد، ثم وصف العمد المحض بقوله: بأن قصد الفعل والإنسان، فإن لم يقصدهما بأن زلق فوقع على صغير فقتله، أو قصد الفعل دون الإنسان كما إذا رمى إلى إنسان أو صيد فأصاب إنساناً آخر - فلا قصاص. وكذا إذا رأى[1] شخصاً فظنه صيداً وكان آدمياً معصوماً ؛ لأنه لم يقصد ذلك الإنسان. فلو رمى إلى رجل يظنه قاتل أبيه لزمه القصاص لتقصيره، وكذا لو ظنه كافراً إلا بقرينة من لباس ونحوه، فإذا رآه فى زى الكفار نظرت: فإن كان فى دار الحرب أو فى صف الكفار لم يجب القود مطلقاً ولا الدية على الأظهر، وتجب الكفارة. وإن كان فى دار الإسلام نظرت: فإن عهده حربيا فوجهان: الأصح أنه لا يجب القصاص، وهو وارد على الحاوى، بخلاف ما إذا عهده ذميا ؛ لأن الإقدام على الحربى مباح بخلافه على الذمى. وإن لم يعهده حربيًّا لكنه ظنه حربيًّا لكونه رأى عليه زى الكفار، وجب القود على الأظهر، والدية والكفارة قطعاً ؛ لأن الظاهر ألا يدخل إلا معصوماً بإسلام أو أمان.

والفرق بينه وبين ما إذا رمى إليه وهو يظنه صيداً: أنه لا قصاص، وقد قصد الفعل والشخص فى مسألتين: أن الرمى إلى الآدمى غير مباح مطلقاً، والرمى إلى الصيد مباح من غير تقييد، وسواء أتلف مباشرة أو تسبب فإنه يلزمه القصاص فالمباشرة كالضرب والطعن.

ولو أكره فيجب القصاص على الآمر قطعاً، وكذا على المكره فى الأظهر ؛ لأن قتل النفس لا يباح بالإكراه، وقد قتله استيفاءً لنفسه، فكان كالمضطر إذا قتل إنسانا ليأكله.

وسواء كان المكره سلطاناً أو متغلباً، لكن المأمور إذا ظن عدل السلطان وأنه أمره بحق لم يجب عليه قصاص ولا دية ولا كفارة، والتسبب كالإكراه والشهادة. ولا يجب بما يسمى شرطاً كحفر البئر عدواناً، وسيأتى. وإنما يجب القصاص إذا قصده بما يقتل غالباً سواء مثقلا أو جارحاً. هذا هو الذى عليه الجمهور كما ذكره فى العزيز والروضة وفيه وجوه أخرى:

أحدها: أنه إن قصد الإنسان بفعل علمنا حصول الموت به وكان مهلكاً غالباً أو نادراً ؛ كقطع أنملة - فهو عمد، وإن شككنا فيه فهو شبه عمد.

والثانى: إن ضربه بجارح فالأمر كذلك، وإن ضربه بمثقل اعتبر مع ذلك كونه مما يقتل غالباً.

والثالث - اختاره الغزالى -: إن ضربه بما يقتل غالباً جارحًا كان أو مثقلًا فهو عمد،

---

(١) فى ط: رمى.

ولا إن كان يقتل نادراً كغرز إذا الإبرة لم يعقب ورماً وألماً فهو خطأ، وإن كان يقتل كثيراً - وهو جارح - فهو عمد، وإن كان غير جارح كالسوط والعصا فشبه عمد، قال الرافعى بعد ذكره لكلام الجمهور: ويمكن رد هذا وما قاله الغزالى إلى شيء واحد. انتهى. وغرز الإبرة فى المقتل، وكذا إذا بالغ فيها وأوغل حتى أعقبت ورماً وألماً، واعلم أن الموت منها عدوه عمداً على الأصح، وفى النفس منه شيء، ولعله معدود مما يقتل كثيراً لا غالباً كالدبوس فيكون عمداً محضًا على ذلك الوجه، وهو المقطوع به فى الحاوى. والله أعلم.

والمراد: إبرة الخياطين، وأما المسلة التى تخاط بها الظروف فهى مما يقتل غالباً.

وعدوا من المقاتل: الدماغ، والعين، وأصل الأذن، والحلق، وثغرة النحر، والصدغ، والقلب، والصدر، والإحليل، والأنثيين، والعِجَان - العجان: ما بين الخصية والدبر - والأخدع: عرق العين.

والمثقل الذى يقتل غالباً: كالدبوس والخشبة الكبيرة والصخرة الثقيلة، وموالاة الضرب بالسياط والسوط والسوطين مما يقتل غالباً، فهو شبه عمد إذا كان فى غير مقتل[1].

---

(١) إن ضربه بمثقل، فمات منه: فإن كان يقتل مثله: كالحجر الكبير أو الخشبة أو الدبوس، أو رمى عليه حائطًا أو سقفًا وما أشبهه - وجب عليه القود؛ وبه قال مالك، وابن أبى ليلى، وأبو يوسف، ومحمد.

وقال النخعى، والشعبى، والحسن البصرى، وأبو حنيفة: لا يجب القصاص بالمثقل.

دليلنا: ما روى طاوس، عن ابن عباس، أن النبى ﷺ قال: «العَمْدُ قَوَدٌ إلا أَنْ يَعْفو وَلِىُّ الدَّمِ، وَالْخَطَأُ دِيَةٌ لا قَوَدَ فِيهِ»، ولم يفرق.

وروى أنس: أن جارية من الأنصار وُجِدَتْ وقد رُضَّ رأسها بين حجرين، وبها رمق، فقيل لها: قتلك فلان؟ فقالت: لا، إلى أن ذكر يهودى، فأشارت برأسها، أى: نعم، فدعى باليهودى، فاعترف فأمر به رسول الله ﷺ فرضح رأسه بين حجرين.

وفى هذا الخبر فوائد كثيرة:

إحداها: أن القود يجب بالقتل بالمثقل.

والثانية: أنه يستقاد به.

والثالثة: أن اليهودى يقتل بالمسلم.

والرابعة: أن الرجل يقتل بالمرأة.

والخامسة: أن للإشارة حكما؛ لأنها لو لم يكن لها حكم؛ لأنكر النبى ﷺ عليهم.

وروى حمل بن مالك بن النابغة؛ أنه قال: كنت بين جاريتين لى - يعنى: زوجتين - فاقتتلتا، فضربت إحداهما بطن الأخرى بمسطح، فقتلتها وما فى بطنها، فقضى رسول الله ﷺ فى الجنين بغرة: عبد أو أمة، وأن تقتل مكانها. والمسطح: الخشبة الكبيرة تركز فى وسط الخيمة.

وروى عن على - رضى الله عنه - أنه قال: «العمد قود كله»، ولا مخالف له فى الصحابة.

وإن ضربه بمثقل لا يقتل مثله غالبًا: كالقلم والحصاة، فمات؛ لم يجب عليه القود ولا الدية ولا الكفارة؛ لأنا نعلم أنه لا يموت منه، وإنما وافق موته ضربه.

وإن ضربه بمثقل قد يقتل وقد لا يقتل: كالسوط والعصا، فمات، فإن والى عليه الضرب إلى أن =

وإن وقع فى مقتل، أو كان المضروب نضواً كالمريض - وجب القصاص، وشدة عصر الخصيتين مما يقتل غالباً.

[وقوله فى الحاوى: «بأن قصد الفعل والشخص»، وقوله بعد: «كغرز إبرة لورم».

وقوله: ولو إكراها كأمر مَنْ سَطَا إن خولف ولو صبيا، فيه أمور:

أحدها: قوله: بأن قصد الفعل والشخص، وهى عبارة الروضة وأصلها وفيه تجوز. قال لفظ «الشخص» يقع على الإنسان وغيره، قال فى الصحاح: الشخص سواء الإنسان وغيره يرى من بعيد، يرد عليه ما إذا رأى شخصًا وظنه صيدا فرماه فإنه لا قصاص مع أنه قصد الفعل والشخص.

الثانى: قوله كغرز إبرة لورم، اشترط فى الروضة الألم والورم، ونقل عن بعضهم أنه اقتصر على الورم لأنه لا يخلو من ألم، وقال الأذرعى فى شرح المنهاج: وظاهر كلام الأصحاب أن الألم وحده كاف.

الثالث: قوله: ولو إكراها كأمر مَنْ سَطَا إن خولف، قد علمت أن القصاص إذا وجب على المباشر المكره فمن طريق الأولى أن يجب على المأمور؛ لأن الأمر دون الإكراه فى المرتبة، وإذا وجب على مَنْ أمره مخوف السطوة فهو عليه؛ إذا أمره من لا يخاف سطوته أوجب، ولعل المصنف أراد بقوله: كأمر من سطا إذ خولف ليتبين وجوب القصاص على الآمر الذى تخاف سطوته، لكن قوله: ولو صبيا، يباين ذلك، وأيضًا فإن الوضع لذلك بهذه الصيغة ليس بجيد.

الرابع: قوله: كأمر من سطا إن خولف، يرد عليه ما إذا أمره إمام تخاف سطوته فظنه بحق؛ فإنه لا قصاص ولا ضمان ولا كفارة، نعم قال الشافعى: أستحب أن يكفر][(١)].

وقوله: وكسحر بقوله وتجويع جائع بعلم، وبجهل نصف دية، وإنهاش حية تقتل غالباً، وإلقاء بمضيق عند ضار، وبنار ومغرق وإن التقمه حوت لا إن أمكنه تخلص، وهدر كبإذن وإن سرى.

أى: القصاص يجب بالقتل بالسحر[(٢)]، إذا قال: سحرى يقتل غالباً ؛ لأنه لا يعلم إلا

= بلغ عددًا يقتل مثله فى الغالب على حسب حال المضروب، بأن يضربه خمسمائة أو ألفًا؛ فإن ذلك يقتل فى الغالب؛ وكذلك إن كان المضروب نِضْو الخلق أو فى حر شديد، أو فى برد شديد؛ فضربه دون ذلك، فمات - فإن القود يجب عليه. وإن ضربه ضربًا لا يقتل مثله مثل المضروب فى العادة، فمات لم يجب عليه القود؛ لأنه عمد خطأ، ويجب عليه الدية

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) وإن قال الساحر: قتلت بسحرى جماعة، ولم يعين من قتل، لم يقتل. =

من جهته، وإن قال: يقتل كثيراً لا غالباً فهو شبه عمد، وإن قال: قصدت بسحرى زيدًا، فغلطت على عمرو، فهو خطأ، والأصح أن تعلم السحر وتعليمه حرام كالكهانة والتنجيم والضرب بالرمل والشعير والحصا والشعبذة، وتعليم هذه كلها حرام.

هذا لفظ الروضة، وإن قال: أمرضته بسحرى ولم يمت منه، فالمذهب: أنه إن بقى متألماً إلى أن مات فهو لَوْثٌ، يحلف الولى ويستحق الدية، ثم الدية فى ماله إلا إن صدقته العاقلة.

وإذا حبس رجلا جائعاً مدة يموت فيها الجائع لا الشبعان نظرت: فإن علم ذلك لزمه القصاص، وإن لم يعلمه فلا قصاص ؛ لأنه لم يقصد[1] إهلاكه، وتجب نصف الدية ؛ لأنه هلك بمضمون وغير مضمون.

[وقوله فى الحاوى: جهل النصف، فيه مناقشة؛ لأنه قال: إن تعقب التلف يوجب الضمان والضمان، يشمل ما يوجب القصاص وما يوجب الدية، فقال: وفى العمد أى: ويجب الضمان فى العمد بأن قصد الفعل والشخص بأن يهلك غالبًا كالسحر كقوله: وتجويع جائع يعلمه وإن جهل النصف. وتجويع الجائع بالعلم لا يضمن إلا بالقصاص، فكيف يحسن أن يقال: وبغير العلم النصف، فلو قال: وإن جهل فنصف دية، كان أصوب لأن قسمته لا تتنصف، وما أوجب القصاص لا يوجب المال على الأصح، ولا شك أنه لو جوع غير الجائع حتى مات لزمه القود][2]، ولو حبسه فمات من غير جوع ضمنه إن كان عبداً لا حرًّا؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد.

ويجب القصاص بإنهاش الحية إذا كانت تقتل غالباً كحيات الحجاز وأفاعى مصر، وإن لم تقتل غالباً فشبه عمد. وإن ألقاها عليه أو ألقاه عليها، أو قيده فى موضع فيه حيات وعقارب فقتلته - فلا قصاص ولا ضمان وإن ضاق الموضع ؛ لأنه لم يلجئها إلى قتله، بخلاف السبع الضارى فإنه إذا ألقاه عنده بمضيق كان ملجئاً له إلى قتله.

وليست الحية كالسبع ؛ لأنها تنفر[3] من الآدمى، والسبع يقصد الآدمى فى المضيق

= وقال أبو حنيفة: يقتل حدًّا؛ لأنه سعى فى الأرض بالفساد.

ودليلنا: أن السعى فى الأرض بالفساد هو إشهار السلاح، وإخافة الطريق، وأما القتل فليس بالسعى بالفساد؛ كما لو قتل جماعة مستخفيًا بقتلهم.

(١) فى أ: يعلم.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى ط: تنقر.

ويتوثب عليه. وإن كان الموضع واسعاً لم يجب قصاص ولا ضمان، فهو كما لو طرحه فى مسبعة فقتله سبع.

وإذا ألقى إنساناً فى نار أو ماء مغرق كلجة البحر، فإنه يجب القصاص على الملقِى، سواء التقمه حوت قبل وصول الماء أو بعده أو لم يلتقمه.

والفرق بين ما إذا ألقاه فى لجة فتلقاه رجل فقده نصفين بسيفه قبل أن يصل الماء؛ حيث وجب القصاص هنا على القاد لا على الملقى، وهناك على الملقى-: أن اللجة معدن الحيتان، وأن القد حصل من عاقل مختار، والحوت يلتقم بطبعه.

ولو ألقاه فى ماء غير مغرق والتقمه حوت فلا قصاص؛ لأنه لم يقصد إهلاكه، نعم لو ألقاه فى غير المغرق وهو يعلم بالحوت وجب القصاص.

وحيث قلنا: لا قصاص، فلا بد من وجوب الدية، ويكون شبه عمد كما لو دفعه دفعا خفيفاً فوقع على سكين.

وكل هذا إذا لم يمكنه التخلص، أما إذا أمكنه التخلص؛ بأن كان سابحاً فترك السباحة فى المغرق قادراً، أو الخروج من النار، أو الفرار من السبع الضارى ونحوه، فلا ضمان.

وكذا إذا قال: اقتلنى، ففعل فلا ضمان، وتجب الكفارة، وكذلك لو قال: اقطع يدى، ففعل وسرى إلى النفس.

وقوله: وبقتل مشرف بضرب خفيف وإن جهل مرضه وحريته، لا عفو موكله وضمن بلا رجوع.

أى: ويجب القصاص بقتل المريض الذى أشرف على الموت ولو بضرب خفيف لا يَقْتُل غَيْرَه؛ لأنه فى حقه يقتل غالباً. وإن انتهى إلى سكرات الموت وصار فى حركة المذبوح الذى ليس له حياة مستقرة وإن ذهب إدراكه وسمعه وبصره واختياره، بخلاف من انتهى إلى ذلك بالجناية فإن المُذَفِّف عليه لا يلزمه قصاص؛ لانتهائه إلى حالة اليأس المتيقن؛ ولهذا لا يصح إسلامه وردته ويصير ماله لورثته، فلو مات له قريب لم يرثه.

والفرق: أن المريض لا يقطع بموته عند انتهائه إلى تلك الحال، وقد يظن به ذلك فيُشْفَى، بخلاف المقدود والمذبوح فإنه مقطوع بموته.

وألحقوا بالمذبوح والمقدود: المجروح[1] المنتهى إلى تلك الحال بالسراية فى حق من ذفف عليه، وقالوا: لا يقتص منه.

---

(١) فى أ: المقدود والمجروح.

وفرقوا بينه وبين المريض بأن المجروح صار إلى تلك الحال بسراية الجرح المعلوم، والحوالة عليه ظاهرة، وبعيد أن يسقط القصاص عنه ويوجبه على غيره، وقد علمنا أن السراية قد صيرته فى حال المقدود نصفين، وأما المريض فما ثم من يحال عليه والأصل حياته؛ فوجب على قاتله القصاص، وإذا ضرب المريض فمات ألزمناه القصاص، سواء ضربه عالماً بمرضه أم لا ؛ لأنه متعد وظن الصحة لا يبيح الضرب. وكذلك إذا قتل حرا يظنه عبداً ؛ لتعديه وتعمده، بخلاف الوكيل فى القصاص إذا عفا المستحق ولم يعلمه ؛ فإنه معذور لاستصحاب الإذن فيسقط عنه القصاص.

فإن قيل: ما الفرق بينه وبين من عهده مرتدًا أو حربيًا فبان أنه قد أسلم، حيث يوجب القصاص على المذهب؟ فالجواب: أن القاتل هناك مقصِّر؛ لأن المرتد لا يُخَلَّى ما بقى على الردة بل يحبس، والحربى لا يجترئ على دخول دار الإسلام بلا أمان، وكان حقه التثبت، ثم الوكيل إذا قتل بعد العفو فى هذه الصورة فالدية والكفارة فى ماله ؛ لأنه تعمد القتل فلا تتحمل عنه العاقلة، وإنما يسقط عنه القصاص لشبهة الإذن، وليس له الرجوع على العافى ؛ لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل.

وقوله فى الحاوى: ومن نقل حشوة، لا يعنى من نقل حشوة من جوفه بالكلية، فإن ذلك مما ينتهى به إلى حركة المذبوح، وإنما أراد أن ينتقل عن موضعه من الجوف، مثل أن يخرج بعضه من الجرح بحيث يعيش يوماً أو يومين.

وقوله: أو تسببًا كمكره وآمر خيف لا بقتل نفسه ومغرى ضار طبعاً كأعجمى، ولا يضمن، ومضيف غير مميز بسم ومغطى بئر بممره لا مميز بل دية.

أى: ويجب القود بالتسبب إلى القتل، كمن أكره رجلًا على قتل رجل، فإنه يلزمه القود، وكذلك يجب على الإمام إذا أمر بقتل رجل ظلماً، وكان تخاف سطوته إذا خولف، فإن لم تخف سطوته فلا قصاص على الإمام فى الأظهر، وله مع غير الإمام إذا خيف سطوته عند المخالفة ما له مع الإمام، هذا إذا أمره المخوف السطو أو المكره على قتل غيره، أما إذا أكرهه على قتل نفسه فقتل نفسه فلا قصاص ؛ وذلك أن المكره على قتل الغير يتخلص من قتل نفسه بقتل غيره، فيرى أنه أهون عليه فيظهر أثر الإكراه، ولا يظهر أثره فيمن أكره على قتل نفسه ؛ إذ لا معنى لتخلصه[1] من قتل نفسه بقتلها، مع كون قتلها من غيره أهون عليه من كون قتلها بيده.

---

(١) فى أ: لتحصيله.

وكذلك يجب القصاص على من أغرى سبعاً برجل فقتله، وإن كان المكان متسعاً إذا كان السبع ضارياً شديد العدو ولا يتأتى الهرب منه. وكذا إذا أغرى أعجميا يعتقد وجوب الطاعة أو مجنوناً أو صغيراً، وإنما يجب إذا جرحه بالإغراء جرحاً يقتل غالباً، كما لو كانت الجراحة من المغرى وترك الفرار المنجى كترك السباحة، ولا يلزم العجمى والمجنون والصغير ضمان ؛ لأنه فى هذه الحالة كالآلة.

ولو أضاف صبيًا أو مجنوناً يعتقد وجوب الطاعة بطعام مسموم، أو ناوله إياه وقال: كله، سواء قال: فيه سم أم لا - فإنه يجب عليه القصاص ؛ لأنه ألجأه إلى أكله، وكذا إذا غطى بئرا بممره ودعاه إليه فوقع فيها لزمه القصاص، ولو أضاف مميزاً بمسموم أو دعاه إلى مكانه وغطى له البئر فوقع فيها لم يجب القود بل الدية على الأظهر فيهما.

[وقوله فى الحاوى: وحث ضار بطبعه وتغطية بئر لممر وأضاف غير مكلف بمسموم، فيه أمور:

أحدها: قوله: وحث، قال القونوى: لفظ «حث» لا يكاد يستعمل فى حيوان غير الإنسان، وإنما يستعمل فيه لفظ الإغراء. انتهى. وقد بينا أن السبع إذا كان ضاريا وأغراه بمن لا يمكنه الهرب منه أنه يوجب القصاص.

الثانى: قوله: وتغطية بئر الممر، المراد من شخص معين، أما لو غطى للمارة فوقع فيها صبى أو رجل فلا قصاص.

الثالث: أن الأظهر فى البئر إذا غطاها فى دهليزه مثلا ودعا إليها بالغا عاقلا فوقع فيها أنه لا قصاص كما حكاه فى العزيز والروضة، نعم لو دعا إليه صبيا أو مجنونا أو أعجميا لا يميز فإنه يجب القصاص كما إذا أضافه بمسموم.

الرابع: أنه سكت عمن قرَّب للبالغ العاقل طعاما مسموما، وفيه قولان كالمميز العاقل أيضا، والأظهر أنه لا قصاص كتغطيته بلا ممره، وأنه يجب فيهما الدية، وكذا الحكم لو دسّ سما فى طعام رجل يغلب على الظن أنه يأكله على المذهب.

الخامس: أنه عبر بغير المكلف وهى عبارة العزيز والروضة، ثم قال الرافعى: لم يفرقوا بين الصبى المميز وغيره، ولا نظروا إلى أن عمد الصبى عمد أو خطأ، وللنظر مجال، قال فى المهمات وما ادعاه من عدم التفرقة بين المميز وغيره قد تابعه عليه فى الروضة، وليس كذلك، بل قد فرق ابن الصباغ فى الشامل والمتولى فى التتمة وهو مقتضى ما فى التهذيب والبيان، ونقل الأذرعى أن الجمهور سووا بين المميز والبالغ وعدد كثيرين، وتعجب من الرافعى والنووى][1].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

القصاص[١]

وقوله: القود بالأقوى منهما وبهما فى مُكْرِهٍ وكذا مُكْرَهٌ لا ظان صيداً فى نفس وحواس وبطش ووضوح عظم وإبانة ذى مفصل ومقطع وحز فى بعض مارن وأذن، لا مفصل إن استويا محلا وحكومة.

أى: على الملتزم بالإتلاف المذكور مباشرة أو تسبباً القود بالأقوى من السبب[٢] والمباشرة كالمذفف من الجرحين أو الجروح، فقوله: «بالأقوى» متعلق بقوله: القود.

فإذا اجتمع السبب والمباشرة نظرت: فإن اعتدلا كالإكراه على القتل، فالقصاص عليهما.

وإن كان السبب أقوى ؛ بأن أخرج المباشرة عن كونها عدواناً مع توليده لها، مثل: أن يشهدوا عليه بما يوجب الحد، فقتله القاضى أو جلاده، أو بما يوجب القصاص، فقتله الولى أو وكيله - فالقصاص على الشهود دون القاضى والولى.

وإن كانت المباشرة أقوى، مثل أن يرميه من شاهق، فتلقاه رجل بسيفه فضرب رقبته قبل وصوله إلى الأرض - فالقصاص على الضارب، ولا شىء على الملقى سواء علم بالمتلقى أم لا.

وإنما يجب القصاص على المكره المأمور إذا تعمد، أما إذا أكرهه على رمى شاخص علمه المكره إنساناً وظنه المكره المأمور صيداً، فالقصاص على المكره الآمر دون المكره المأمور، فأوجبوا عليه القصاص وهو شريك مخطئ ؛ لأن هذا الخطأ نتيجة إكراهه فجعل

---

(١) القصاص لغة: فمن: قص الأثر، وهو اتباعه.
وقصصت الشيء، إذا تتبعت أثره شيئًا بعد شيء، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيهِ...﴾ [القصص: ١١]، أي: تتبعي أثره، وقوله تعالى: ﴿فَارْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا﴾ [الكهف: ٦٤] أي: رجعا من الطريق الذي سلكاه يقتصان الأثر، أي: يتبعانه.
والقصُّ -أيضًا- بمعنى: القطع؛ يقال: قصَّ الشعر والظفر قصا، أي: قطعه. ويقال: قصصت ما بينهما، أي: قطعت؛ لأن المقتص يقطع من بدنه مثل ما قطع الجاني
ومنه: المقص وهو المقراض.
والقصاص: القود، يقال: أقصَّ الأميرُ فلانًا من فلان، إذا اقتص له منه، فجرحه مثل جرحه، أو قتله قودًا.
والقصاص أيضًا: المماثلة، ومنه أخذ القصاص؛ لأنه يجرحه مثل جرحه، أو يقتله به.
قال في «المغرب»: القصاص: أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل.
فعلى المعنى الأول يكون القصاص: أن ولى الدم وهو المقتص، يتبع الجانى وهو المقتص منه؛ لأن الجانى سلك طريقًا من القتل، فقص المقتص أثره فيها، ومشى على سبيله فى ذلك.
قلت: والمعنى الاصطلاحى لا يخرج عما ورد في المعنى اللغوى

(٢) فى ط: من التسبب.

عمداً فى حقه، والقاتل كالآلة، ولكنهم ذكروا إذا كان المكره صبيًا فقتله عمدًا أن القصاص على الآمر يبنى على أن عمد الصبى عمد أو خطأ.

إن قلنا: عمد، وجب القصاص، وإلا فلا، على الصحيح، ولعل الفرق: أن المخطئ المكره لم يقصد تخليص نفسه بالامتثال فيما ألجئ إليه ؛ فلم يجعل شريكاً بل جعل كالآلة، والصبى قصد الامتثال[1] فجعل شريكاً، لكن عمده على هذا القول خطأ وشريك[2] المخطئ لا يقتص منه. والله أعلم.

وإذا اجتمعت المباشرة والشرط، كمن حفر بئراً عدواناً فهلك بها رجل بتردية آخر - فالقصاص على المُرَدِّى وكذلك الدية إذا ردَّاه خطأ.

ولو قدم صبيا إلى غرض أرسل إليه بسهم فأصابه السهم، فالرامى كالحافر والمقدم كالمردى فعليه القصاص.

وإذا صدر من شخصين فعلان متعاقبان كل منهما يقتل إذا انفرد، نظرت:

فإن كان أحدهما مذففاً دون الآخر، فالقصاص على صاحبه، كما إذا قطع رجل يده أو طعنه فقطع حشوته بحيث يعيش يوماً ونحوه، وجاء الآخر فحزه أو أبان حشوته - فالقصاص على الآخر.

ولو انتهى بالجرح الأول إلى أن لم يبق فيه حياة مستقرة، إما بسرايته أو بكونه مذففًا - كان القصاص على الأول، وعلى الثانى التعزير، وكذا لو وقعا معا على الأصح.

ويجب القود فى النفس بشرط العصمة والمكافأة كما سبق؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ . . .﴾ الآية [المائدة: ٤٥].

ويجب القود فى الحواس التى هى السمع والبصر والشم والذوق، فيجب فى هذه الحواس القصاص كما يجب فى الأجرام بل هى بذلك أولى ؛ لأنها المقصود.

فلو أوضح رأسه فذهب ضوء عينيه، نص على وجوب القصاص فى الضوء كما فى الموضحة، ونص على أنه لو قطع إصبعه فسرت إلى الكف، لم يجب قصاص فى محل السراية.

والفرق أن الأجرام تنال بالجناية، والجناية على غيرها لا يعد قصداً لها.

وسائر الحواس لا تباشر فتفويتها يكون بالجناية على محلها، أو على ما يجاوره ويتعلق به. وعلم من قوله: الحواس، أن العقل لا قصاص فيه، وأفرد البطش بالذكر ؛ لأنه لا

---

(١) فى ط: تخليصها.

(٢) فى ط: أو شريك.

يدخل فى الحواس ولم يعد اللمس مع الحواس وإن كان منها، لكن زوال اللمس إن كان بزوال البطش فيجب فيه دية البطش لا غير ؛ لأن فوات البطش يتضمن فوات اللمس غالباً، فإن فرض تجرد ذهاب إحساس اللمس، فالحكومة.

ويجب القصاص فى الموضحة فى أى عظم كان فى سائر البدن، وإن كان الأرش مختصًا بما فى الرأس والوجه، ويفهم من تخصيص الموضحة أنه لا قصاص فيما بعدها من الهاشمة والمنقِّلة والمأمومة والدامغة ؛ لتعذر المماثلة، ولا فيما قبلها وإن عرف قدر نزوله؛ لأنه لا يؤمن أن يقطع مثله فيوضح لتفاوت اللحم والجلد.

وإذا قطع منه عضواً له مفصل، فله القصاص من ذلك المفصل، حتى لو قطع يده من الساعد فله قطعها من الكوع والحكومة فى الباقى. وما له مقطع - أى: حد مضبوط بلا مفصل، كالعين والأذن والمارن والشفة واللسان والذكر والأنثيين والشفرين والأليتين - ففيه القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ ...﴾ الآية [المائدة: ٤٥].

ولو قطع بعض المارن[١] أو بعض الأذن، وجب القصاص سواء أبان منه جزءاً أو شقه ولم يُبِنْه لإمكان[٢] المماثلة. ويقدر بالجزئية لا المساحة، فإن قطع ربع أذنه قطع ربع أذنه ولو كانت أكبر.

وإن قطع بعض المفصل كما لو قطع بعض الكوع أو بعض مفصل الساق والقدم لم يقتص ؛ لعدم الوثوق بالمماثلة، واختلاف تأثير القطع فى العصب والعروق، وهى مختلفة الوضع صعوداً ونزولًا وعبالة ونحافة.

ولا يقتص بالطرف ونحوه إلا إذا استويا فى المحل، فلا يؤخذ يمنى يد ورجل وعين ونحوها بيسرى ولا بالعكس، ولا الأعلى من جفن وشفة بأسفل ولا إصبع أو أنملة زائدة بأخرى، ولا زائدة فى محل بزائدة فى محل آخر. ولا يشترط التساوى فى القوة والحجم والصغر والكبر والسمن والنحافة، كما لا يشترط تساوى النفسين فى هذه الأمور. ويستحق القصاص فى الأعضاء الزائدة التى تجب فيها الحكومة، بشرط اتحاد المحل والتساوى فى الحكومة؛ فلا تقطع إصبع زائدة بإصبع زائدة اتحد محلها إلا إذا استوت حكومتهما. فإن كانت حكومة إحداهما أكثر فلا قصاص.

وقوله فى الحاوى: «الأقوى كحز جريح مستقر الحياة القود» يرد عليه ما إذا أجاف أحدهما جائفة والآخر جائفتين ثم مات؛ فإن القصاص يجب عليهما، وإن كان جرح

(١) «المارن» هو ما لان من الأنف، وفضل عن القصبة.
(٢) فى أ: لأمثال.

أحدهما أقوى، وليس الأقوى منحصرًا فى المثال ؛ لأنه أعم منه.

ويدخل فيه الأقوى من المباشرتين والمباشرة والسبب والمباشرة والشرط، وإن كان الشرط[١] لا يجب فيه القصاص.

وقوله: ويقتص ورثة ماله وبطرف من ارتد فمات قريب مسلم، ويقرع بين قادرين ثم لكل منع، ومن بادر قبل عفو غرم ما بقى لوارث الجانى وطولب بالتركة.

أى: وإذا وجب القود فالذى يقتص ورثة المال فلا تختص به العصبات ؛ لأن القصاص أحد بدلى النفس فكان لجميع الورثة كالدية فإن لم يكن له وارث خاص، فالقصاص للسلطان، وإن ورثه نساء فالقصاص بينهن وبين السلطان.

وإذا جرح مسلم مسلماً، ثم ارتد المجروح ومات بالسراية مرتدًا - فنفسه مهدرة بالردة لا قصاص فيها ولا دية، لكن لأقاربه الوارثين له لو كان مسلما القصاص فى الجرح الواقع فى حال الإسلام، ولا يكون للإمام ؛ لأن التشفى من مقاصد القصاص وهو للقريب دون الإمام.

وإن كان الجرح خطأ، لزم الجانى الأقل من الأرش والدية، وكان فيئاً لبيت المال ؛ لأنه تركة المرتد.

وإذا استحق الورثة القصاص وهم بالغون عقلاء، لم يكن لهم أن يجتمعوا على قتله ؛ لأن فيه تعذيباً له وإهانة، بل يوكلون أحدهم أو أجنبيًّا، فإذا تزاحموا أقرع بين من يقدر على مباشرة الاستيفاء؛ فلا تدخل فى القرعة امرأة ولا شيخ عاجز ولا صبى ونحوه، فلو خرجت القرعة لقادر فعجز أعيدت بين الباقين، ثم لا يستوفيه من خرجت قرعته إلا بإذن الباقين، ولكل منهم منعه من الاستيفاء بعد القرعة، بأن يقول: لا أستوفى ولا تستوفى.

أما إذا قال: لا يستوفى إلا أنا دونك، فليس له منع من خرجت قرعته.

هكذا ذكره القونوى عن الرافعى، وهو مخالف لما فى الروضة. فلو بادر واحد منهم فقتله من غير إذن نظرت: فإن لم يحصل عفو عنه من أحدهم، فقد استوفى حقه تَقَاصُصًا ولزم غرم ما زاد على حقه لورثة الجانى، وحق باقى ورثة المجنى عليه فى تركة الجانى.

وأما إذا كان بعضهم قد عفا فى حق نصيبه[٢] إما على مال أو مجاناً، فإنه يجب القصاص على المبادر، سواء علم بالعفو أم لا، على الأصح ؛ كما لو قتل من علم ارتداده

(١) فى أ: بالشرط.
(٢) فى أ: نفسه.

وكان قد أسلم فإن الأصح وجوب القصاص.

وقوله: ومن جمع كالكفارة ولو بطرف قطع بتحامل كقاطعى كف وساعد ومداو وبتواطؤ على سوط سوط لا بشركة سبع ومخطئ وجرح منه لا يوجبه، ولا جارح مع قادّه ومستقر حياة إلا فى طرف.

أى: ويقتص ورثته من القاتل إذا كان واحداً أو من الجمع إذا كانوا جماعة.

فإذا قتل جماعة واحداً قُتِلوا به سواء قتلوه بمُحَدَّدٍ أو غيره، أو رموه من شاهق أو فى بحر، ولو أراد الولى أن يقتل بعضهم ويأخذ حصة الباقين من الدية جاز[(١)].

---

(١) تقتل الجماعة بالواحد، وهو أن يجنى عليه كل واحد منهم جناية لو انفرد بها، مات منها، ووجب عليه القصاص، وبه قال من الصحابة: عمر وعلى وابن عباس، والمغيرة بن شعبة؛ ومن التابعين: ابن المسيب والحسن وعطاء؛ ومن الفقهاء: الأوزاعى، والثورى، ومالك، وأبو حنيفة.

إلا أن محمد بن الحسن قال: ليس هذا بقياس، وإنما صرنا إليه من طريق الأثر والسنة.

وقال ابن الزبير، ومعاذ بن جبل، والزهرى، وابن سيرين: لا تقتل الجماعة بالواحد؛ بل للولى أن يختار واحدًا منهم؛ فيقتله، ويأخذ من الباقين حصتهم من الدية.

وقال ربيعة، وداود: يسقط القصاص.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ فأوجب القصاص لاستبقاء الحياة؛ وذلك أنه متى علم الإنسان: أنه إذا قتل غيره، قتل به، لم يقدم على القتل؛ فلو قلنا: لا تقتل الجماعة بالواحد، لكان الاشتراك يسقط القصاص؛ فسقط هذا المعنى. وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣] والسلطان: القصاص، ولم يفرق بين أن يقتله واحد أو جماعة.

وروى أن النبى ﷺ قال: «ثُمَّ أَنْتُم، يَا خُزَاعَةُ، قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا القَتِيلَ مِنْ هُذَيْل، وَأَنَا وَاللَّهِ عَاقِلُهُ، فَمنْ قَتَل بَعْدَهُ قَتِيلا، فأهله بَيْنَ خِيَرتَيْن: إن أَحَبُّوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الدِيَةَ».

وموضع الدليل:

قوله: «مَنْ» ؛ لأن «مَنْ» تستغرق الجماعة والواحد.

فإن اشترك اثنان فى قتل رجل؛ وأحدهما يجب عليه القود لو انفرد دون الآخر: نظرت:

فإن كان سقوط القود عن أحدهما لمعنى فى فعله؛ مثل: أن كان أحدهما مخطئًا، والآخر عامدًا - لم يجب القصاص على واحد منهما، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

وقال مالك: يجب القصاص على العامد منهما.

دليلنا: أن الروح لم تخرج عن عمد محض؛ فلم يجب عليه القصاص؛ كما لو جرحه خطأ، فمات منه.

وإن كان سقوط القود عن الشريك لمعنى فى نفسه؛ مثل أن يشترك الأب والأجنبى فى قتل الابن - وجب القصاص على الأجنبى.

وكذلك إذا اشترك الحر والعبد فى قتل العبد، وجب القصاص على العبد.

وإن اشترك المسلم والكافر فى قتل الكافر، وجب القصاص على الكافر؛ وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة سقوط القصاص عن أحد الشريكين، يسقط القصاص عن الآخر فإذا شارك الأب الأجنبى فى قتل الابن، لم يجب على الأجنبى القصاص.

دليلنا: أنه لو انفرد، وجب عليه القصاص، فإذا شارك من سقط عنه القصاص لا لمعنى فى فعله، لم يسقط عنه القصاص، كما لو كانا عامدين.

=

وسيأتى فى الجمع إذا قتلوا واحداً خطأ أن الواجب دية واحدة توزع على الرءوس لا الجراحات، قال: كالكفارة، يعنى أنها كالقصاص يتعدد بتعدد القاتلين فيجب على كل منهم كفارة.

ولا يقال: تجب كفارة واحدة إذا وجبت عليهم دية واحدة، بل تتعدد فى الحالين.

ويقتص من الجمع فى الطرف كما يقتص منهم فى النفس، فإذا تحامل جماعة على يد فقطعوها، أو على رأس فأوضحوه بضربة واحدة اجتمعوا عليها - فإنه يقتص من جميعهم. أما لو قطع كل من جانب حتى التقت ضرباتهم وبانت اليد فلا قصاص ؛ لتعذر تحقيق المماثلة.

وقد بينا أن من قطع بعض مفصل لا قصاص عليه؛ فيجب على كل واحد منهم الحكومة اللائقة بجنايته، بحيث تبلغ الحكومات دية اليد.

ومثل للجمع بقوله: كقاطعى كف وساعد، فلو أن أحدهما قطع كفه، ثم جاء الآخر فقطع ساعده قبل الاندمال ومات بالسراية - وجب القصاص عليهما جميعا ؛ لأن أثر

= وإن شارك الصبى والمجنون، وهما عامدان فى الجناية، بنى ذلك على عمدهما، وفيه قولان:
أحدهما: أن عمدهما فى حكم الخطأ، وبه قال مالك وأبو حنيفة؛ لقوله ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِي حَتى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِم حَتَّى يستيقظ، وَعَنِ الْمَجْنونِ حَتَّى يُفِيقَ» فأخبر أن القلَمَ مرفوع عنهما؛ فدلَّ على أن عَمْدهما فى حكم الخطأ، ولأن عمدهما لو كان فى حكم العمد، لوجب عليهما القصاص.

فعلى هذا: لا يجبُ على من شاركهما فى الجناية القصاص.

والقول الثانى: أن عمدهما فى حكم العمد؛ فيجب على شريكهما القود؛ لأنهما قصدا الجناية، وإنما سقط القصاص عنهما لمعنى فى أنفسهما؛ كشريك الأب، ولأن الصبى لو أكل فى الصوم عامدًا لبطل صومه؛ فلولا أنّ لعمده حكمًا، لما بطل صومه، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ.

وقال الفورانى: المجنون الذى لا يميز، والطفل الذى لا يعقل عقل مثله: عمدهما خطأ قولا واحدًا؛ فلا يجب على شريكهما القصاص.

وإن شارك من لا ضمان عليه، مثل أن جرح رجل نفسه، وجرحه آخر، أو جرحه سبع وجرحه آخر، أو قطعت يده بقصاص أو سرقة وجرحه آخر، ومات، فهل يجب القصاص على الشريك الذى عليه الضمان؟ فيه قولان:

أحدهما: يجب عليه القصاص؛ لأنه شارك فى القتل عامدًا؛ فوجب عليه القصاص، كشريك الأب.

والثانى: لا يجب عليه القصاص؛ لأنه إذا سقط عنه القصاص إذا شارك المخطئ - وجنايته مضمونة عليه - فلأن لا يجب عليه القصاص إذا شارك من لا قصاص عليه أولى

القطعتين ينتشر إلى البدن كله. وطريق القصاص منهما يأتى قريباً إن شاء الله تعالى.

وإذا جرح جرحاً يوجب القصاص أو الأرش، فداواه رجل آخر بسم يقتل غالباً، فمات بالسراية - قتلا به جميعاً الجارح والمداوى. هذا إذا كان المداوى غيره، فإذا داوى المجروح نفسه بسم فهو قاتل نفسه، وليس على الجارح إلا قصاص جرحه أو أرشه.

فإذا داواه بما لا يقتل غالباً، أو بما يجهل كونه يقتل غالباً، فهو شبه عمد ؛ فيسقط القصاص عن المداوى وكذا عن الجارح ؛ لأنه شريك مخطئ.

وكذلك يجب القصاص على جماعة تواطئوا على ضرب رجل سوطًا سوطًا، وإن لم يكن ضرب كل واحد يقتل غالبًا إذا انفردوا. فإن وقعت الضربات منهم اتفاقاً من غير تواطؤ فلا قصاص، بخلاف الجراحات.

ولو جرحه رجل عمداً وآخر خطأ وكان الآخر[1] سبعاً، لم يجب على الجارح المتعمد قصاص، بل يجب عليه نصف دية العمد فى ماله، وعلى عاقلة المخطئ نصف دية الخطأ.

وإن كان الشريك سبعاً أهدر قسطه، ولو شاركه سبعان فالأصح أنه كما لو شاركه مخطئان؛ فلا يلزمه إلا ثلث دية العمد.

فلو شارك المتعمد نفسه بجرح لا يوجب القصاص، كما إذا جرحه عمداً ثم جرحه خطأ - فإنه يسقط عنه القصاص، ومثل ذلك لو جرحه قصاصًا ثم جرحه ظلمًا، وما لو جرح الصائل دفعا ثم ولّى عنه فجرحه موليا، وما لو جرح حربيا فأسلم ثم جرحه ظلما ثانياً.

وفهم من قوله: من جمع، أن شريك الأب فى الولد وشريك الحر فى العبد والمسلم فى الذمى أنه يقتص من الجميع.

وكذلك لا قصاص فى النفس على من جرح رجلًا جرحًا غير مذفف فحزه آخر وهو مستقر الحياة، أو قده نصفين ونحو ذلك، بل على المذفف خاصة وعلى الجارح أرش جرحه أو قصاصه إن كان طرفاً.

وهو المراد بقوله: إلا بطرف، سواء تأخر المذفف [أو وقعا معا؛ لأنه إنما يجب على الجارحين لاشتراكهما فى السراية إلى النفس والمذفِّف][2] بالحز ونحوه فهو قاتل من غير سراية فلا شركة بينهما فى النفس، وقد بينا أن المقدود ونحوه فى حكم الميت لا يصح إسلامه ولا يرث لقريبه ؛ لعلمنا أنه ميت، وأن المجروح إذا انتهى إلى تلك الحال لم يلزمه القصاص إلا الأول، وبينا الفرق بينه وبين المريض، فوجب على قاتله القصاص.

---

(١) فى أ: الجارح.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: ويقتص بحرم لا مسجد بسيف أو بمثل يقتل غالباً كقطع ولو بعضو أكمل ونار وسم طاهر غير مُهَرٍّ لا لواط وسحر وخمر ومُثْلة، وزيد إن لم يمت لا فى قطع وإجافة، بل يحز أو يؤخر وفى طرف بهشم من أدنى مفصل نزل كفخذ إن لم يجف.

أى: إذا كان القاتل فى الحرم سواء كان من أهله أو التجأ إليه، اقتص منه فيه بالطرف والنفس، وسواء جنى فيه أو فى غيره ؛ لأن حق القصاص على الفور فلا يؤخر.

نعم لو التجأ إلى المسجد الحرام أو غيره من المساجد أخرج على الصحيح؛ صيانة للمسجد، والتأخير بذلك يسير[1]، وله أن يقتص بالسيف وأن يقتص بمثل ما فعل[2]،

---

(١) إذا قَتَلَ رجلًا، أو قطَعَ طرفه فى الحِلِّ، فالتجأ إلى الحَرَم: اقتصَّ منه فى الحرم، وكذلك إذا زنى فى الحِلِّ وهو محصَنٌ، فالتجأ إلى الحَرَم: رجم فى الحرَم، وكذلك إذا ارتدَّ فى الحِلِّ، فالتجأ إلى الحَرَم: قتل فيه؛ وكذلك الكافرُ الأصلىُّ الذى يَحِلُّ قتله: إذا التجأ إلى الحَرَمِ - حَلَّ قتله فيه، ولم يمنعِ الحَرَمُ منْ قتله؛ وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة، وأحمد: لا يَحِلُّ قتله فى هذه المسائل، ولكنه لا يبايَعُ، ولا يشارَى، ولا يُطْعَم، ولا يُسْقَى حتى يضطرَّ إلى الخروج من الحرم؛ فإذا خرَجَ من الحرم قُتِلَ.

وقال أبو حنيفة: إذا فعَلَ السبَبَ المبيحَ لِقَتْلِهِ فى الحرم، قُتِلَ فى الحرم، وقال فى القصاص - فيما دون النفس، وسائرِ الحدودِ التى هى الجَلْد والقَطْع -: تُفْعَلُ فى الحرم، ولا يَمْنَعُ الحَرَمُ من استيفائها.

وقال أحمد: إذا وجَبَ عليه حَدٌّ أو قِصاصٌ فيما دون النفس - لا يستوفى منه - أيضًا - فى أصحِّ الروايتين عنه؛ حتى يخرُجَ من الحرم مثل القتل سواء.

(٢) وإن كان الجانى أحرَقَ المجنىَّ عليه بالنارِ، أو غرَّقه فى الماء، أو رماه مِنْ شاهق، أو هَدَّ عليه حائطًا، أو ضَرَبه بخشبٍ، أو بحجرٍ، أو حبَسَهُ ومنعه الطعامَ والشرابَ - فللولىِّ أن يقتصَّ منه بذلك، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة،

وأحمد: لا يقتصُّ منه إلا بالسَّيْف.

والخلافُ مع أبى حنيفة إنَّما يتصور إذا أحرقه بالنار؛ فإنَّ عنده يجبُ القصاص به، ويقتصُّ منه بالسيف؛ وكذلك إذا قتَلَهُ بمثقل الحديد فى أحد الروايتَيْن عنه.

دليلنا: قولُهُ تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]، ولما روى البراءُ بنُ عَازِبٍ - رضى الله عنه - أن النبىَّ ﷺ قال: «مَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ، وَمَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ».

وَرُوِىَ أَنَّ يهوديًا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَة بَيْنَ حَجَرَيْنِ؛ فَأَمَرَ النبىُّ ﷺ أَنْ يُرَضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَة».

ولأَنَّ القصاصَ موضوعٌ على المماثلة، والمماثَلَةُ مُمْكِنة بهذه الأسباب؛ فجاز أن يستوفى بها القصاص؛ كالسيف، ولأنَّه آلة يجوزُ القتلُ بها فى غير القصاصِ - أى: فى قتالِ أَهْلِ الحرب - فجازَ فى القصاصِ؛ كالسَّيْف، أو آلة يقصد بها القَتْل؛ فأشبَه السيف، وفيه احترازٌ من القتل بالفعلِ المحرَّم؛ فإنه لا يقصدُ به القتل، ولأنَّه أحد نوعَيِ القصاصِ؛ فجاز بالسكِّين؛ كالقصاص فى الطَرف.

فإنْ قيل: «الطرفُ يخالفُ النفس؛ ولهذا يقطعُ السارق بالسِّكِّين، والمرتدُّ لا يقتلُ عندكم إلا بالسيفِ»:

=

والخيرة إلى الولى فى ذلك.

وقيل: إن قتله بالخنق تعين؛ لأنه أسهل، وإنما يقتص بمثل إذا كان المثل يقتل مثل ذلك الشخص غالباً.

أما لو قتل مريضاً بضربات خفيفة يقطع بأنها لا تقتل مثل القاتل، قال الرافعى: قال الإمام: فالوجه القطع بأنه لا يضر، وفيه احتمال.

ثم يراعى المماثلة، فيقطع إن قتله بالقطع، ويهشم عظمه إن قتله بالهشم، فلو قطع يده

= قلنا: لأنَّ تلك حدودٌ؛ فاعتبر فيها جهةُ الشرع، وهذا مجازاةٌ أو مقابلةٌ بنى على المماثلة؛ فاعتبر بفِعْلِ الجانى.

فإنِ احتجُّوا بقوله ﷺ: «لَا قَوَدَ إِلَّا بَحَدِيدَةٍ، وَلَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ»:

قلنا: المرادُ به: إذا قتله بالحَديدةِ أو السيفِ.

وإنِ احتجُّوا بقوله ﷺ: «لَا يُعَذِّبُ بِالنَّارِ إِلَّا رَبُّ النَّارِ».

قلنا: نحملُهُ على غَيْرِ القصاص.

قالوا: ليس بأوحى الآلاتِ؛ فأشبَهَ سقى الخمر وآلَةَ اللواط:

قلنا: الحبوبُ والأدهانُ ليسَتْ بأنْقَصِ الأموال، ثمَّ لمَّا كانتْ مثل المتلف، طولب بها، وسقى الخمر واللواط محرَّم بالشرع؛ فلم تعتَبَرْ فيه المماثلةُ، والقتْلُ بالنار محرَّمٌ بحُرْمة القاتل، وقد أسقط حرمته بالقَتْل بها؛ ولهذا قالوا فيمن أتلفَ على نصرانىٍّ خمرًا: لا يكلَّف مِثْلَها، ولو أتلف عليه خَلًّا كُلِّف مثلَهُ.

قالوا: «آلةٌ لا يجوزُ قَتْلُ المرتدِّ بها؛ فلا يجوز استيفاءُ القصاصِ بها؛ قياسًا على اللواط وسَقْى الخمر».

قلنا: يعارضُهُ أنها آلةٌ يجوزُ قتلُ المشركين بها؛ فجاز استيفاءُ القصاصِ بها؛ كالسيف، فإنَّ قَتْلَ المشرك الذى هو ممتنعٌ يجوزُ قتله بهذه الآلاتِ؛ لأنه لا يمكنُ مِنْ ضربِ رقبته، وههنا بخلافه.

قالوا: يدُلُّ عليه: أنَّ المشرك الحربىَّ إذا أُسِر وقُدِرَ على ضرب رقبته - لا يجوزُ قتلُهُ بغيره.

قلنا: ينتقض بالزانى المحصَنِ؛ فإنَّه يقدرُ على ضربِ رقبتِهِ، ويجب قتله بالحَجَرِ، واعتبارُ القصاص بالقتل بالردَّة - لا يجوزُ؛ لأنَّ القصاصَ يعتبَرُ فيه المماثلة والمساواة فى فِعْله، وسمى قصاصًا؛ لما فيه من المماثلةِ؛ فوجب أن يفعَلَ به مثل ما فعل؛ حتى يكون قصاصًا، بخلافِ قتل المرتدِّ؛ فإنه يجبُ قتله وإماتَتُهُ، ولا يستحقُّ عليه المماثلة فى فعله؛ فقتل بأسهل الأفعالِ، وهو ضربُ الرقبة.

ثم اللواطُ وسقْىُ الخمر فعلانِ يَحْرُمان فى أنفسهما لا بحرمةِ المقتولِ؛ فلا يجوزُ استعمالهما، بخلافِ سائرِ الآلاتِ والأفعالِ؛ فإنها غيرُ محرَّمة، وإنما يحرمُ استعمالها؛ لحرمة المقتول، فإذا قَتَلَ بها - فعل به مثل ما فعل بها.

قالوا: «قتلٌ على وجه القصاص؛ فلم يجزْ بغير السيفِ؛ كما لو قتله به».

قلنا: القصاصُ يقتضى المماثلَةَ؛ فلا يجعلُ ذلك علَّةً لإسقاطها، ولأنَّ هناك إذا قتله بغيره، زاد على حقِّه، وههنا: يستوفى مثل حقِّه.

قالوا: «تفويتُ رُوحٍ مباحٍ؛ فلم يجزْ بالنار؛ كالذبْح فى البهيمة».

قلنا: لأنَّ هناك يرادُ للأكلِ؛ فجعل بأسهل ما يمكن، وهذا يرادُ للقصاص والمجازاة؛ فكان بمثل ما قتل به

وهى شلاء أو ناقصة الأصابع أو الكف، اقتص منه بقطع التامة من حيث قطع.

ولا اعتبار بالتفاضل ؛ لأن مصيره إلى الهلاك، وكذلك الإغراق والإحراق فيلقى فى قدر ما ألقاه فيه من النار والماء، ويمكث مثل تلك المدة. وفى الإلقاء من شاهق يراعى صلابة الأرض وقدر مهواه، فإن لم يمت فالأصح أنه يزاد منه حتى يموت.

وقيل: يعدل إلى السيف، وهذه إذا كانت الجناية غير قطع الطرف والإجافة.

أما القطع والإجافة فلا يزاد منهما بل يفعل المثل، فإن لم يمت يخير بين أن يصبر أو يعدل إلى السيف.

ولو سقاه سمًّا طاهراً اقتص منه بمثله، كما نقله ابن الرفعة عن القاضى حسين. وهذا إذا لم يكن مهريا يمنع الغسل، وكذلك الحكم فى الآلة المسمومة يجوز فيها المماثلة.

فإذا قتله بسيف غير مسموم فأراد المقتص أن يسم سيفه المقتص به فوجهان، صحح فى الروضة المنع، ولم يذكر المسألة الأولى.

ولا يقتص بمثل فعله فى اللواط وإيجار الخمر ولا بالسحر ؛ لأن ذلك حرام لا تجوز المماثلة به، وفى قول يعمل به مثله، فتحشى خشبة فى دبر القاتل ويسقى عوض الخمر خلًّا، والأصح: المنع.

والبول وكل مائع نجس العين كالخمر، ولو أوجره[1] ماء متنجسا، أَوْجَرَهُ ماء طاهرا.

وإذا مثل القاتل بالمقتول وجدع ما لا حاجة إليه فى قتله من جسده لم يمثل به، ولا يجب القصاص باللواط إلا إذا قتل مثله، بأن لاط بصغير يموت منه.

فالمماثلة فى القصاص بالطرف إذا قطع من غير مفصل متعذرة ؛ لعدم انضباط الهشم، لكن له النزول إلى مفصل ذلك العظم الأدنى.

فلو قطع اليد من بعض العضد فله النزول إلى المفرق لا إلى الكف، كما رجحه الرويانى وغيره، ثم له أخذ الحكومة للباقى.

ومن المفصل: المنكب وأصل الفخذ، فإذا قطعه من مفصل أحدهما وأجاف أو من فوقه وأمكن أن يقتص من المفصل ولا يخاف أن يجيفه - جاز[2]، وإن خشى أن يجيفه لم يقتص منه.

[وقوله فى الحاوى: ويقتص فى الحرم، إلى قوله: وبمسموم - فيه أمران:

---

(١) فى ط: أوجر.
(٢) فى ط: جان.

أحدهما: قوله: وبمسموم، الأصح أنه إذا قتله بمسموم قتله بمثله إلا إذا كان السم مهريًا.

الثانى: لم يذكر ما إذا أوجره السم، وقد سبق النقل عن القاضى حسين أنه إذا كان طاهرا أنه يقتص به إذا لم يحصل منه التهرى المانع للغسل][1].

القصاص فى الجراحات

وقوله: ويتم قدر موضحة ناصية برأس ورأس بحصة أرش، لا بقفا وناقص جرم لا صفة بأرشه، فيلقط معتدل يد خمس أصابع من ست أصلية بسدس دية يد، وحكومة خمسة أسداس كف، وحط شيء باجتهاد لا وثم زائدة التبست فإن لقط كفى، وعزّر، وأنملة من أربع مع أخذ نصف سدس إصبع.

أى: وإذا أوضح رجل ناصية آخر واستوعبها ورأسه أصغر من رأس المجنى عليه، استوعب فى القصاص ناصيته، وتمم مما يليه من الرأس قدر موضحته ؛ لأن الرأس عضو واحد.

وفى هذا إشارة إلى أنه يجب مراعاة سعة الموضحة ومراعاة محلها، فيمسح طول الموضحة وعرضها بخشبة أو خيط، ثم يحلق شعر ذلك الموضع من الرأس الشاج، ويعلم عليه بسواد أو حمرة ويضبط الجانى لئلا يضطرب، ويوضح بحديدة حادة كالموسى لا بالسيف والحجر، وإن أوضحه بهما ؛ لأن ذلك لا ينضبط.

ولا نظر إلى تفاوت الشاج والمشجوج فى غلظ الجلد واللحم ؛ لأن التساوى فى العضو يندر اتفاقه، فقطع النظر عنه، كما قطع النظر عن تفاوت الأطراف فى الجرم، وإذا كان موضع الشجة من المشجوج لا شعر عليه وفى موضعها من الشاج شعر لم يمكن من القصاص، كما نص عليه فى الأم ؛ لما فيه من إتلاف الشعر الذى لم يتلفه[2]، ويقاس عليه ما إذا كان موضعها من المشجوج أقرع والآخر حليقاً.

وإذا استوعبت الموضحة الرأس جميعه وكان رأس الجانى أصغر تمّم بالأرش، ولا يتمم من القفا، وهو مؤخر العنق، ولا من الوجه.

فإن قيل: لِمَ لَمْ يكتفوا بإيضاح الرأس الصغير عن الكبير كما اكتفوا باليد الصغيرة عن الكبيرة؟ فالجواب: أن ما حصل به التفاوت بين اليدين لا يسمى بمجرده يدا. وما حصل به التفاوت بين الموضحتين يسمى بمجرده موضحة ؛ لأن كل جزء من الموضحة يسمى موضحة، وليس كل جزء من اليد يسمى يداً، فيؤخذ قسط ما بقى من أرش الموضحة

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: لم ينقله.

بالتوزيع على الجميع.

ولو عم بالموضحة رأساً صغيراً ورأس الموضح أكبر، اقتص منه بقدرها، والتعيين إلى الجانى، وإذا أراد المجنى عليه أن يستوفى بعض حقه ويأخذ أرش الباقى لم يمكن من ذلك؛ لتمكنه من استيفاء الكل، ولأن البعض الذى يستوفيه مقابل للأرش التام.

ولو أوضحه موضحتين فله أن يقتص بإحداهما ويأخذ الأرش عن الأخرى، وفى قصاص الأطراف يتم ناقص الجرم بالأرش ولا يتم به ناقص الصفة. فإذا قطع من له يد ناقصة بإصبع - مثلا - يد رَجُلٍ تامة، فإن له أن يقطع الناقصة ويطالب بأرش الإصبع، وهو عشر من الإبل ؛ لأن الجانى قطع إصبعا لم يقطعها المقتص منه، ولو وجدت لكان له قطعها، فإذا فقدت رجع إلى بدلها.

وأما إذا كان النقص صفة لا جرمًا فقطعها، لم يكن له أن يطلب بأرش، وذلك كما إذا قطع الأشل يداً باطشة، فإن قنع المجنى عليه واقتص منها فلا شىء له وإلا أخذ الدية؛ كما لو أتلف صاعاً جيداً وكان للمتلف صاع ردىء لم يكن له أن يقول: آخذه وآخذ الأرش، بل إن رضى به وإلا أخذ العوض.

ولو كان لإنسان ست أصابع كلها أصلية، قسمت فى أصل الخلقة على ذلك من غير تفاوت فى الخلقة المعتادة فقطع يداً معتدلة لم يكن له أن يقتص منه بالقطع، بل له أن يلقط خمس أصابع من تلك الست على الوِلَاءِ، ولا يتم حقه بالخمس ؛ لأنها خمسة أسداس يد الجانى وقد قطع يده بكمالها، فله مع ذلك سدس دية اليد مضافاً إلى ما يجب له فى الكف من الحكومة، وهو حكومة خمسة أسداس الكف لأجل منابت خمس الأصابع المقطوعة، ويحط من السدس شىء باجتهاد الحاكم ؛ لأن الخمس وإن كانت خمسة أسداس اليد فهى فى الصورة كالخمس المعتدلة.

هذا إذا كانت الست أصلية، فإن كانت فيها زائدة لم تقطع بالمعتدلة، وله لقط الخمس الأصلية بحقه وحكومة الكف ولا يزاد، فإن التبست الزائدة لم يجز أن يلقط خمساً؛ لأنه ربما يقطع الزائدة فيهن، وهى غير مستحقة القطع، فإن بادر ولقط خمساً منها عزر وحسبن عليه ولا شىء له؛ لاحتمال أن المقطوعات أصليات وقد استوفاهن.

ولو قطع صاحب المعتدلة يد صاحب الإصبع الزائدة، قطعت المعتدلة وله عليه الحكومة فى الإصبع الزائدة، وكذلك إذا قطع من له أربع أنامل فى إصبع أنملة من معتدلة

اقتص بقطع أنملة من الأربع، واستحق مع ذلك نصف سدس دية الإصبع؛ لأن أنملته ربع الإصبع وأنملة المجنى عليه ثلثها، فيطالب بما بين الثلث والربع، وهو نصف سدس دية الإصبع، وهو خمسة أسداس بعير وذلك نصف سدس عشرة.

[وقوله فى الحاوى: لا إن التبست الزائدة فإن لقط خمسًا كفى، فيه أمران:

أحدهما: قوله: الزائدة، ولو قال: لا وتمم زائدة، كان أولى؛ لأن دخول الألف واللام يوهم أنه قد جرى ذكر زائدة فإن التعريف للعهد.

الثانى: قوله: فإن لقط خمسًا كفى، لو قال معه: وعزّر؛ ليعلم أن ذلك لا يجوز لأنه قد يوهم أنه إنما منع لنفى الوجوب لا الجواز][1].

وقوله: ويوالى قطع فُرِّق، ولا تقع سراية جسم وفعل مخطئ وغير مكلف قصاصاً ولا توجبه، وكذا تقدم موت جارح اقتص منه، ولزم تركته دية إلا أرش الجرح.

أى: ويجوز لمن قطعت أطرافه أن يوالى القصاص فيها على جارحه، وإن كان الجارح قد فرق قطعها؛ لأنها حقوق اجتمعت عليه كالديون.

ومن قطع يد رجل فقطع المجنى عليه إصبعه فسرى ذلك إلى يده فأبانها، لم تقع السراية قصاصًا، بل يجب على قاطع اليد ديتها إلا ما يخص الإصبع.

واحترز بسراية الجسم عن سراية المعنى، فمن أوضح رجلًا، فأزال ضوء عينيه واقتص منه؛ فذهب ضوء عينه أيضاً - وقعت السراية قصاصًا، وإن لم يذهب فله أن يقتص بإذهاب ضوء عينه بإحماء حديدة ونحوها.

والفرق: أن الجسم مقصود بالجناية فلا تعد الجناية على غيره جناية عليه، والمعانى لا تقصد بالجناية فجعلت الجناية على ما يلابسها جناية عليها، وسراية الجسم لا توجب القصاص.

فمن قطع إصبع رجل فسرت إلى الكف لا يقتص منه إلا فى إصبع، لكن يضمن السراية بالمال، بخلاف المعانى كما سبق بيانه. وكذلك فعل المخطئ لا يقع قصاصًا ولا يوجب القصاص، فإذا قتل قاتل أبيه خطأ لم يقع قصاصاً؛ لأن المقصود من القصاص التشفى ولا يحصل بالخطأ. وكذلك فعل غير المكلف - وهو الصبى والمجنون - لا يقع قصاصًا إذا قتل قاتل أبيه، بل يجب فى تركة[2] الجانى دية المجنى عليه وفى مال الصبى والمجنون دية الجانى؛ لأن عمدهما عمد، وفى الخطأ على العاقلة. وكذلك لا يقع قصاصاً تقدم موت

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: دية.

الجارح، فيما إذا اقتص منه المجروح ومات الجانى أولا ثم مات المجنى عليه بعده ؛ لأن القصاص لا يسبق موجبه، فيجب لولى المجنى عليه ما بقى من الدية.

فإن كان الجرح قطع يد فالباقى نصف الدية، وإن كان الموضحة فالباقى تسعة أعشار الدية ونصف عشرها، وإن كان يَدَيْنِ لم يَبْقَ شىء.

ويفهم من قوله: تقدم موت الجارح، أنهما لو ماتا معا أو مات المجروح أولًا، أنه يقع قصاص الجرح بالجرح والسراية بالسراية.

وإن مات الجانى وحده بالسراية من القصاص فلا شىء على المقتص[1]، قال عمر وعلى - رضى الله عنهما -: «من مات من حد أو قصاص فلا دية له: الحق قتله»[2].

وقوله: وعزر مقتص بلا وال وبغير محل عمداً، وعزل بخطأ ومكن غير قطع وجلد، وأخذ لكافر أذن من مسلم وعلى جان وزان أجر جلاد.

أى: لا يجوز أن يستبد مستحق القصاص بالاستيفاء دون ولى الأمر؛ لاحتياجه إلى النظر والاجتهاد، فيعزر إذا فعل ذلك ؛ لافتياته على الإمام وركوبه ما لا يجوز له، وإن وقع الموقع، وكذا يعزر الولى إذا ضرب فى غير محل الضرب، كما إذا أمر أن يحز فأجاف أو ضرب غير الرقبة عمداً.

ولا يمنع من الاستيفاء وإن ادعى الخطأ، فإن لم يمكن صدقه بأن أمر بضرب الرقبة فضرب الوسط[3] أو الرجل فإنه يعزر ويمكن، وإن أمكن صدقه بأن ضرب أعلى[4] الكتف أو أسفل الرأس لم يعزر، لكنه يعزل ؛ لأنه لا يؤمن أن يخطئ ثانياً.

ويمكن الإمام الولى من الاقتصاص فى النفس إذا كان أهلا، ولذلك خمسة شروط: أن يحكم الحاكم بذلك، وأن يكون رجلًا، وأن يكون ثابت النفس عند المباشرة للقتل، وأن يعرف كيفية القصاص، وأن يكون قوى اليد نافذ الضربة لا أشل ولا ضعيف اليد، ولا يفوض إليه الجلد فى القذف والتعزير ولا القصاص فيما دون النفس على الأصح ؛ لأنه لا يؤمن من أن يردد الحديدة لقصد الإيلام. ويستحب أن يحضر شهودًا عند الاستيفاء ؛ لئلا ينكر.

وإذا وجب لكافر قصاص على مسلم: كما إذا قتل عبد مسلم عبدًا مسلما لذمى، أو

---

(١) فى ط: من المقتص.

(٢) أخرجه البيهقى (٨/ ٦٨).

(٣) فى أ: السوط.

(٤) فى ط: على.

جرح ذمى ذميًا، فأسلم الجارح ثم مات المجروح - فإنه يجب القصاص على الأصح. ولا يمكن الكافر من القصاص، بل يقتص له الإمام بإذنه.

ويستحب للإمام أن ينصب جلاداً، ويرزقه من سهم المصالح، فإن لم يكن له مال أو كان وثم ما هو أهم، فأجرته على المستوفى منه القصاص والحد. وقيل: هو فى الحد على بيت المال فيفرض له الوالى، وفى القصاص على المقتص، والأصح ما تقدم.

وقوله: وينتظر تكليف، أو يعفو بأرش ولى مجنون فقير لا صبى وحضور وسقوط أنملة عليا بوسطى وإلحاق قائف بقاتل مدع، ووضع حمل بقولها، ومن ترضع وفى حد فطام وكافل وتحبس لا لحد، فإن قتلت حامل فالغرة على عاقلة إمام أذن لا إن جهل وحده وأثم عالم.

أى: وإذا كان أحد من أهل القصاص صغيراً أو مجنوناً انتظر بلوغ الصبى، وإفاقة المجنون، وإن كان فيهم غائب انتظر حضوره، أو روجع وانتظر جوابه. ولا يستوفى ولى غير المكلف القصاص له ؛ لأن القصاص للتشفى ودرك الثأر فلا يفوت على مستحقه[1].

---

(١) من وجَبَ له القصاصُ وهو جائزُ التصرُّف - فله أن يقتصَّ، وله أن يعفُوَ على المال؛ لما رَوَى أبو شريح الكعبىُّ، أن النبىَّ ﷺ قال: «ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا القَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وَأَنَا وَالله عَاقِلُهُ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيَرَتَيْنِ: إِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الدِّيَةَ».

فإن عفا عن القصاص مطلقًا، بأن قال: عفوْتُ عن القصاص، ولم يذكُرِ الديةَ: بُنِىَ على ما يجبُ بقتل العَمْد، وفيه قولان:

أحدهما: أنَّ موجب قتل العَمْد القصاص وحده، إلا أن له أن يعفو على الدِّية، وتكون بدلًا عنه؛ والدليلُ عليه قولُهُ -تعالى-: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة:١٧٨]، وقولُهُ ﷺ: «العَمْدُ قَوَدٌ».

ولأنَّ ما ضمن بالبدل فى حقِّ الآدمىِّ، وفيه احترازٌ من جزاءِ الصيدِ - ضمن ببدلٍ معيَّن؛ كالمال.

والقول الثانى: موجبه أحد الأمرَيْن: القصاص أو الدية؛ والدليلُ عليه: قولُهُ -تعالى-: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:١٧٨]، فأوجب الاتِّبَاعَ بنفس العفو عن القصاصِ، ولأنَّ له أن يختار ما شاءَ منهما؛ فكان الواجبُ أحدهما؛ كالهَدْيِ والطعام فى جزاءِ الصيدِ، ولأنَّ الدية أحدُ بدلَي النفسِ، فإذا وجَبَ - كان بدلًا عنها، لا عن بدلها؛ كالقصاص.

فأما الآية، والخبر: فالمراد بهما وجوبُ القصاصِ، وكذا نقول، ويخالفُ القتل سائر المتلفات؛ لأنَّها لا يختلفُ بدلها باختلافِ القَصْدِ وعدمِهِ، وههنا بخلافه.

وعن مالكٍ روايتان:

إحداهما: أنَّ الواجبَ به القصاص.

والأخرى: التخييرُ بين القصاصِ أو الديةِ.

فإنْ قلنا: إنَّ الواجبَ القصاصُ وحده، فعفا عن القصاص مطلقًا؛ بأن قال: «عفوتُ عن القصاص»، أو قال: «عفوْتُ عما أوجبتْهُ الجناية»، ولم يذكُرِ الديةَ: سقَطَ القصاصُ، ولم تَجِبِ =

....

= الديةُ؛ لأنَّه لا يجبُ له على هذا القولِ غيرُ القصاص، وقد أسقط بالعفو.

وقيل فيه قولٌ آخر: أنَّ الدية تجبُ؛ لئلا يهدر الدمُ، وهذا لَا يَصِحُّ؛ لأنه لو عفا عن القصاص على غير مال - لم يجبْ شىءٌ؛ فدَلَّ على فَسَادِ ما قاله، وهكذا إن قال: «عفوْتُ عنك»، ولم يذكُر العفْوَ عن القصاص، ولا عن الدية - سقَطَ القصاصُ؛ كما لو قال: «عفوتُ عن القصاص»؛ لأنه يتضمن ذلك، وإن قال: «عفوت عن القصاصِ على أنْ لا مَالَ لى» سقط القصاص، ولم تجبِ الدية، لما مضى.

وإن قال: «عفوْتُ عن القصاص على الدية» سقط القصاص، ووجبتِ الديةُ.

وإن قال: «عفوْتُ عن الدية» لم يسقط القصاص، ولم يصحَّ عفوه عن الدية؛ لأنَّه عفا عنها، فلم يكنْ له الرجوعُ إليها؛ كما لو عفا عن القصاص، ثم أراد الرجوعَ إليه، لم يكنْ له ذلك.

وإن قال: «اخترتُ الديةَ» سقط القصاصُ، وثبت المالُ، ولم يكنْ له أن يرجع إلى القصاص.

ونظيره: أن يطلِّق الرجلُ إحدَى امرأتَيْهِ؛ لا بعينها، ثم يقول: «اخترْتُ هذه أنْ تكونَ زوجةً»؛ فيعيّن الطلاق بذلك فى الآخرَى.

وإن قال: «اخترْتُ القصاص» كان له أن يقتصَّ، وهل له أن يرجع إلى الدية؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يرجعَ إلى الدية؛ وهو قول أبى إسحاقَ المروزىّ؛ لأنَّ القصاصَ أعلَى؛ فجاز أن ينتقلَ عنه إلى الأدْنَى، ولأنها تكونُ بدلًا عن القصاص لا أنَّها التى وجبَتْ بالقتل، وهذا كما إذا ادعى على رجلٍ حقًّا، وأقام شاهدًا واحدًا، فإنه يحلفُ معه، فإنْ نكَلَ عن اليمينِ - عُرِضَتِ اليمينُ على المُنْكِر: فإن نكَلَ - رُدَّتِ اليمينُ على المدعِى، وكانت غير الأوْلى.

والثانى: لَيْسَ له أنْ يرجعَ إلى الديةِ؛ لأنَّه تركها؛ فلَم يَرجعْ إليها؛ كالقصاص.

قلنا: لا، إلا أن يكون ذلك برضا الجانِى؛ فيجوز.

وإن قال: «عفوْتُ عن القصاص على غيرِ مالٍ»، أو قال: «عفوتُ عن القصاص والديةِ»، أو قال: «عفوتُ عن الواجبِ بالجنايةِ كله» - سقط القصاص، ولم يثبتِ المال؛ لأنه أسقط حقّه منهما جميعًا.

وقال الشاشىُّ: سقَطَ القَوَدُ فى قوله: «عفوتُ عن القصاص والدية»، وفى الدية قولانِ حكاهما القاضِى أبو حامد فى «جامعه»:

أحدهما: يَصِحُّ عفوُهُ عنهما.

والثانى: لا يصحُّ عفوه عن الدية؛ لأنَّه عفا عمَّا لم يجبْ له.

قال: فعلَى هذا: لو اختارَ الديةَ فى الحالِ - كان له ذلك، وإن اختارها بعد ذلك - فعلى قولَيْن فى العفو المطلقِ:

أحدهما - نصَّ عليه فى جرح العمد -: أنَّ له أن يختارَ الدية.

والثانى - ذكَرَهُ فى اليمينِ مع الشاهد -: أنه ليس له ذلك، وهذا خطأٌ؛ لما ذكرناه على التفصيلِ الذى مضَى.

وقيل: إذا قال: عفوْتُ على أنْ لَا مالَ لى - لم يسقطِ القصاصُ، ووجب المال، وليس بشَىْء؛ لما ذكرناه.

وإن قال: «عفوتُ عنك»، ولم يزد على ذلك - احتملَ على هذا القول: أن يسقطَ القصاصُ والدية، ولا يرجع إليه فى البيانِ؛ لأنَّ إطلاق العفو يتناولهما؛ فلا يرجعُ إليه فى ذلك؛ كما لو قال: «عفوتُ عن الواجبِ بالجناية كلّه».

واحتمل أن يرجعَ إليه فى البيان؛ لأن اللفظَ محتملٌ، وهو أعرف بقصده، ويكونُ ما عيَّنه بالنيَّة =

نعم يجوز لولى المجنون إذا كان فقيراً أن يعفو له على المال فى النفس والطرف على المذهب، ولا يجوز لولى الصبى؛ لأن للصبى أمدًا ينتظر، والجنون لا يعرف له أمد.

فلو أفاق قريباً ورد المال ليقتص لم يمكن على الأصح، وهو كالخلاف فى الولى يعفو عن الشفعة للمصلحة.

وينتظر أيضاً سقوط الأنملة العليا إذا وجب عليه القصاص فى الأنملة الوسطى، كما إذا قطع سليم الإصبع الأنملة الوسطى ممن لا عليا له، ويتعذر القصاص مع بقاء العليا للزوم قطع أنملتين بواحدة فينتظر سقوطها، أو بأخذ الأرش إن عفى، فإن طلبه للحيلولة لم يكن له ذلك، وكذلك إذا توقف إلحاق الطفل بأحد الواطئين على القائف فقتله أحدهما لم يقتص منه حتى يحضر القائف ويلحقه بغيره، فإن ألحقه بالقاتل فلا قصاص، وهذا فيما إذا كان القائف قد رأى الولد.

وكذلك ينتظر وضع الحمل فيما إذا وجب القصاص على الحامل، سواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف ؛ لأنه قد يسرى إلى النفس، وسواء كان الولد حلالًا أو حرامًا، قديماً أو حديثًا، ويصدق فى دعوى الحمل؛ لأن فيه ما تخفى أمارته؛ فيكون القول قولها فيه كالحيض، فإذا وضعته انتظر بعد إرضاعه اللِّبأ حصول مرضعة، أو ما يعيش به الولد من بهيمة، فإن لم يوجد أرضعته الجانية حولين، فإن وجد مراضع وامتنعن والمستحق مطالب بالمبادرة أجبر الحاكم إحداهن بالأجرة، وأما فى الحد فإن كان القذف فكالقصاص، وإن كان حدا لله تعالى انتظر فطامها كما ينتظر وضعها، ثم ينتظر من يكفله كما ينتظر فى القصاص من ترضعه ؛ لحديث الغامدية: «أنها أتت رسول الله ﷺ فقالت: زنيت فطهرنى، والله إنى لحبلى من الزنى فقال ﷺ: اذهبى حتى تلدى. فلما ولدت أتت بالصبى فى خرقة فقالت: هذا قد ولدته، فقال ﷺ: اذهبى فأرضعيه. فلما فطمته أتت به النبى ﷺ وفى يده كسرة فقالت: قد فطمته، فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين وأمر بحدها»(١).

= كالمعيّن باللفظ؛ فعلَى هذا: إن قال: لم يكنْ لى نيّةٌ، احتمل أن ينصرفَ العفو إلى القصاصِ؛ لأنَّه المستعملُ فى العُرْف، واحتمل أن يقالَ له: عيِّنِ الآنَ ما شئْتَ: فإنْ عيّن العفو فى القصاص - وجبَتِ الدية، وإنْ عيّن فى الدية - وجب القصاص؛ كما لو ابتدأ بذلك.

وإنْ قال الوليُّ: عفوتُ عن القصاصِ فى نصفِ النفسِ - احتملَ أن يصحَّ، ويكون عفوًا عن الكل؛ لأنَّه لا يتبعَّض؛ فصار كما لو عفا أحد الوليين عن حقِّه، واحتملَ ألّا يصحَّ إلا أن يعفو عن الكلّ؛ لأنَّ العفو فى البعضِ منه: يقَعُ على وجهِ الغَيْب؛ فيكون لغوًا.

وإنْ كانتِ الجنايةُ فى قطعِ اليدَيْن، وسرتْ إلى النفسِ، فقال الولى: أقتص فى اليدين، وأعفو عن النفس، أو قال: أقتلُهُ وأدَعُ يدَيْهِ، أو إحدى اليدين: قال الصيمريُّ فى «الإيضاح»: فكلُّ ذلك واسعٌ؛ أى: جائز؛ لأنَّه قد استحقَّه جميعَهُ.

(١) أخرجه مسلم (٢٣/ ١٦٩٥) عن عبد الله بن جريدة عن أبيه بنحوه.

ولا ينتظر الفطام ولا وجود الكافل فى حق الآدمى. والفرق: أن حقوق الله تعالى تبنى على المسامحة؛ ولذلك يقبل رجوع المقر فيها ولا يقبل فى حق الآدمى.

وتحبس الحامل والجانى إذا انتظر التكليف أو حضور الغائب، ولا يقبل كفيل؛ لأنه قد يهرب فيفوت الحق، قال الأصحاب: والحبس أهون عليه من تعجيل القتل، ولا تحبس الحامل فى حدود الله تعالى، بدليل قصة الغامدية، فإن قُتلت الحامل بإذن الإمام بأن أذن للولى أو للجلاد فقتلها فألقت جنيناً ميتاً، فإن الغرة تجب على عاقلة الإمام لا غير؛ لأن النظر والاجتهاد والبحث عليه، والولى أو الجلاد يفعل برأيه فهو كالآلة.

هذا إذا كان الإمام والقاتل عالمين أو جاهلين أو كان العالم الإمام، فإذا كان الإمام جاهلًا بالحمل والمباشرُ للقتل عالماً، فإن الغرة على عاقلة المباشر، والكفارة فى ماله؛ لقوة المباشرة مع اختصاصه بالعلم.

وأما الإثم فإن علم والإمام والولى والجلاد أنها حامل أثموا جميعاً، وإن علم بعضهم اختص بالإثم وحده.

وقوله: وزوال إشكال قاطع ذكر مثله وأنثييه وشفريه بإخراج فرج واحد لائقاً به، ثم سبق بول ثم دوام، ثم بقوله ما لم تلد، وأدت امرأة حكومة مذاكيره بفرض أنوثة ورجل الأقل من حكومة شفريه بفرض ذكورة وديتهما وحكومة مذاكيره وبعفو قصاص الثانى.

أى: وينتظر زوال الإشكال فيما إذا قطع الخنثى المشكل مثل ما له من ذكر وأنثيين وشفرين من مشكل آخر إن أراد القصاص؛ إذ لا يمكن القصاص خوفاً من أخذ العضو الأصلى بالزائد وبالعكس؛ إذ قد يكون المجنى عليه امرأة فيقطع ذكراً أصليًا وأنثيين بزائدين.

ويزول الإشكال بما ذكر وهو ألا يخرج اللائق به إلا من فرج واحد، سواء أخرج غير اللائق غيره أم لا.

فإذا بال منهما جميعًا فهو مشكل، وكذا إذا بال من الذكر وحاض من الفرج؛ لأن اللائق خرج من الفرجين، وإن خرج منى الرجال من الفرجين فهو واضح. وكذا إذا خرج منى النساء من كل منهما؛ لأنه لم يخرج اللائق به إلا فرج واحد، وإن خرج منهما غير اللائق، كما إذا خرج منى النساء من فرج الرجال ومنى الرجال من فرج النساء فهو مشكل.

فإن لم يحض ولم يُمْنِ وبال من الفرجين لكنه كان يخرج البول من أحدهما أولا، جعل ذلك دلالة، وإن انقطع منه أولًا. فإن استويا فى الخروج أولًا واختلفا فى الانقطاع جعل التأخر دلالة.

فإن استويا فى الجميع رجع إلى قوله، فإذا قال: أميل إلى النساء فهو رجل، فإذا قال: أميل إلى الرجال فهو امرأة. وهذا كله إذا لم يحبل فإن حبل حكمنا بأنه امرأة، ولا يلتفت إلى الخارج من الفرج ولا إلى قوله؛ لأن الولادة دلالة قطعية، ولأن دلالة غيره ظنية. وإذا كان القاطع للمشكل واضحا نظرت: فإن كانت امرأة لم يقتص منها فى الحال؛ لأنه قد يكون رجلًا فلا يقطع شفر أصلى بزائد.

فإن طالب بما يتوجه الآن وينتظر للقصاص زوال الإشكال، ألزمناها أن تصرف إليه حكومة الذكر والأنثيين على أنهما زائدان؛ لأنه القدر المستيقن لاحتمال أن يكون الخنثى امرأة وأن القصاص فى الشفرين.

فإذا أخذ الأرش وبان أنثى، لم يبق به إلا القصاص فى الشفرين، وإن بان ذكرا فلا قصاص وصرف إليه تمام ديتين وحكومة الشفرين.

وإن كان القاطع رجلًا صرف إليه الرجل أقل الأمرين من حكومة الشفرين بتقدير الذكورة، ومن دية الشفرين بتقدير الأنوثة، وحكومة المذاكير.

وإنما قلنا هنا[1]: أقل الأمرين؛ لأنه بتقدير الذكورة يستحق القصاص فى الذكر والأنثيين، ويستحق حكومة الشفرين بالنسبة من دية رجل، وبتقدير الأنوثة لا قصاص ويستحق دية الشفرين وحكومة المذاكير بالنسبة إلى دية امرأة والمصروف الأقل احتياطاً.

وقد تكون حكومة الشفرين بالنسبة إلى دية الرجل أكثر من دية الشفرين، وحكومة المذاكير بالنسبة إلى دية الرجل أكثر من دية الشفرين، وحكومة المذاكير بالنسبة إلى دية المرأة. ولا يتصور ذلك فيما إذا كان القاطع امرأة؛ لأن دية المذاكير أكثر من حكومتها بلا شك.

هذا كله إذا لم يعف عن القصاص، فإن عفا على المال صرف إليه الثانى مما ذكر فى الأصل، وهو دية الشفرين وحكومة المذاكير، سواء كان الجانى ذكراً أو أنثى أو مشكلًا؛ لأنه إن كان رجلًا فالواجب له مائتان من الإبل للمذاكير مع حكومة الشفرين بالنسبة إلى دية الذكر، وإن كان امرأة فالواجب دية الشفرين وهو خمسون من الإبل وحكومة للمذاكير بالنسبة إلى دية المرأة، ولا شك أن المبلغ الثانى أقل؛ فيتعين إعطاؤه إياه احتياطاً.

[وقوله فى الحاوى: وسقوط العليا للأنملة الوسطى، إلى قوله: وإن عفى القصاص الثانى - فيه أمور:

أحدهما: قوله: وأخذ الأرش إن جن وافتقر، ذكره عقب قوله: وسقوطا العليا للأنملة

---

(١) فى ط: هذا.

الوسطى ولم يقدمه عند ذكره انتظار تكليف ولا أخره بعد قوله: وإن عفى القصاص؛ فأوهم إن ذلك مختص بمسألة انتظار السقوط، وهو غير مختص، بل حيث وجب الجنون المفتقر القصاص فى طرف أو نفس فالحكم كذلك، كما قاله الأصحاب.

الثانى: قوله: والطهور بخروج لائق من فرج، يرد عليه ما إذا بال من فرج الرجال وفرج النساء؛ فإنه يصدق على كل منهما خروج لائق. فإن قيل: المراد خروج اللائق من فرج واحد، قلنا: ينقض عليكم بما إذا خرج منى الرجال من الفرجين فإنه يكون واضحا، واعلم أن الشرط هو ألا يخرج اللائق بالفرج إلا من فرج واحد، فإذا بال من الفرجين جميعا فهو مشكل لأن هنا فرجين أخرجا لائقا بهما، وإذا أمنى من فرج الرجال منى الرجال وحاض من فرج النساء فمشكل؛ لخروج اللائق بفرجين من فرجين، وإن أخرج منى الرجال من الفرجين فواضح لأن اللائق لم يخرجه إلا فرج واحد؛ فصواب العبارة أن يقال: والطهور بإخراج فرج واحد لائقًا به.

الثالث: قوله: لم يسبق، عطفه على قوله: بخروج لائق من فرج؛ فأوهم أن السبق مؤثر فى غير البول حتى ظن أنه إذا خرج عند الشهوة منى أحد الفرجين أولًا حكم به، وليس كذلك بل ذلك فى البول خاصة][1].

وقوله: ومخرج يسار عن يمين بفقه تهدر وبدهش وقطع عالم يجب قصاص، وإلا فدية كاليمين إن قطع عوضاً وتقع حدا بدهش وظن.

أى: اعلم أنه قد سبق أنه لا يجزئ يسار عن يمين ولا بالعكس، فإذا وجب على رجل قصاص فى يمين مثلًا فأمر بإخراجها للقصاص فأخرج يساره، فله أحوال:

الأول: أن يخرجها وهو فقيه بالحكم يعلم أنها لا تجزئ فإذا قطعت ذهبت هدراً، لا قصاص ولا دية، نص عليه الشافعى، واتفق عليه الأصحاب، وقالوا: بذلها مجاناً، وإن لم يتلفظ بالإباحة.

وقالوا: الفعل بعد السؤال كالإذن فى المسئول، حتى لو قال لأجنبى: أخرج يدك لأقطعها، أو قال: ملكنى قطعها، فأخرجها - كان ذلك إباحة يسقط الضمان لا الإثم، هذا لفظ الروضة، وسواء قطعها المقتص عالما عدم الإجزاء أم لا، قال: ولو قصد شخص قطع يد رجل ظلمًا فلم يدفعه المقصود، وسكت حتى قطع، فهل يكون هذا هدراً؟ وجهان، الصحيح لا ؛ لأنه لم يوجد منه لفظ ولا فعل.

الثانى: أن يقول: أخرجتها دهشا فلا تذهب هدراً، لكن إن كان المقتص يعلم أنها لا

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

تجزئ وهو المراد بقوله: وقطع عالم، لزمه القصاص، ولا يقبل قوله: دهشت؛ لأن مقامه ليس بمقام دهش، وإن ظنها تجزئ أو ظنها اليمين، فلا قصاص على الصحيح.

وكذا إن قال: ظننته أباحها، على الأصح، وتجب دية اليسار فى هذه الصورة.

الثالث: أن يقول: أخرجتها ظانا أنها تجزئ، فله دية، سواء قال القاطع: ظننت أنه أباحها أو أنها اليمين أو أنها تجزئ.

وكذا لو قال: علمت أنها لا تجزئ على الأصح ؛ لأن إخراج صاحبها إياها ظانا أنها تجزئ أَشْبَهَ الإذن؛ فانتهضت شبهة فى إسقاط القصاص.

وأما اليمين: فلا يسقط القصاص فيها، إلا إذا قطع المقتص اليسار بقصد الاعتياض فإنه يسقط، سواء قصد المخرج الإباحة أم لا ؛ لأنه قد رضى قطع المباحة عوضاً وذلك فاسد فتجب الدية فى اليمين. فإن لم يقصد الاعتياض، بأن ظن الإباحة أو ظن أنها اليمين، أو لم يعلم أنها لا تجزئ - ففى كل ذلك لا يسقط القصاص فى اليمين، هذا إذا أخرجها فى القصاص.

وأما إذا أخرجها فى الحد، ظانا أنها تجزئ، أو أخرجها دهشًا فقطعت فإنها تجزئ؛ لأن المقصود فى الحد التنكيل وفى القصاص المماثلة. فلو أخرجها فى الحد عالماً أنها لا تجزئ، فالأصح أنها لا تجزئ؛ لأنه أباحها. وعلى هذا حمل القاضى حسين إطلاق الأصحاب، وقال: إنها لا تجزئ؛ لأنهم نصوا على أنه لو قطع يمين نفسه أجزأه، ولو قطع يساره أو قطعها غيره لم يسقط الحد.

[وقوله فى الحاوى: ومن استحق يمينه فأخرج اليسار لا قصاص فيها، وفى اليسار إن أخذ عضوا بل الدية - فيه أمران:

أحدهما: أن يرد عليه ما إذا أخرجها عالمًا أنها لا تجزئ فإنها فى هذه الحالة تهدر؛ لأن هذا إباحة لما بيناه أولًا.

الثانى: أنه فرض عليه ما إذا قال: دهشت، وقطعها المقتص وهو عالم أنها لا تجزئ فإنه يجب عليه القصاص على الأصح][1].

وقوله: وإن ملك أو فرعه قِسطاً سقط.

أى: إذا ملك القاتل قسطًا من قصاص نفسه أو ملكه فرعه سقط، كمن قتل أباه وورثه أخوه دونه ثم مات الأخ ولم يخلف أحداً ورثه القاتل وملك قصاص نفسه فسقط.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ولو خلف الأخ بنات، فقد ملك قسطاً من القصاص الذى عليه ؛ فيسقط، ويلزمه قسط البنات من الدية.

وإن قتل أحد الأخوين أباهما والآخر أمهما فإن لم يرث أحد أبويهما من الآخر لمانع، كزهوقهما معا أو طلاق ونحوه - فلكل القصاص على الآخر، ويقرع بينهما على الأصح.

وقيل: يقتص من المبتدى أولاً، وإن اقتص أحدهما مبادرة أو بالقرعة كما هو الواجب، فلورثة الآخر القصاص.

وإن تعاقب موتهما والزوجية باقية، فلا قصاص على القاتل الأول ؛ لأنه يرث من قتله أخوه وقد ورث القصاص ممن قتله، وله القصاص على الثانى. فإذا اقتص منه فلورثته مطالبته بنصيبه من دية القتيل الأول. وكذلك الحكم إذا ملك فرع القاتل قسطًا من القصاص الواجب على القاتل، مثاله: قتل زوجة ابنه، أو زوجة نفسه، وله منها ولد، أو قتلت أم الولد سيدها وورث منه ولدها، فإنه فى كل ذلك يسقط عن القاتل القصاص.

وإنما قال: ملك قسطاً، ولم يقل: ورث ؛ ليدخل فيه ما إذا قتل الأب الرقيق عبد ابنه، فإن ولده يملك قصاص العبد لا بطريق الإرث.



الدية(١)

وقوله: أو بدل القود بموت أو عفو عليه لا مطلقاً أو لمانع كفضل أو عدم تكليف أو تخلل مهدر أو تقدم نقص، ولغا عفو بين موت وقطع لا بين رمى وإصابة فيدى، وعن يد أو نفس اقتص بالآخر لا سراية، وهما لواحد إن عفا عن نفس وبعفو مقطوع سرى باقى دية.

أى: وعلى الملتزم المذكور فيما ذكرناه القود، أو بدل القود، وهو دية النفس فى النفس والعضو فى العضو، وذلك يجب بموت الجانى أو سقوط العضو الذى وجب القصاص فيه، وكذلك يجب بدل القود بالعضو على البدل، فإذا عفا وارث قصاص النفس أو المجنى عليه فى الطرف عن القصاص على الدية الواجبة سقط القصاص ووجب البدل، وإن لم يرض الجانى، وكذا لو عفا على بعض البدل ويكون من طريق الأولى، وكذلك يجب مثل البدل لمانع من القود كفضل، كما إذا كان القاتل أباً فإنه لا يُقْتَلُ بولده، لكن يجب عليه بدل القود مائة مغلظة فى المسلم الكامل، وكذا إذا كان القاتل غير مكلف كالصبى والمجنون، فإنه تجب الدية المغلظة فى مال غير المكلف على الأصح، وكذا إذا امتنع القصاص بتخلل مهدر كما إذا رمى إلى مسلم فارتد ثم أسلم ثم أصابه السهم، أو جرحه فارتد ثم أسلم ثم مات، فإنه يمتنع القصاص ويجب البدل. وكذا إذا تقدم النقص كما إذا

---

(١) الدية لغة: مأخوذة من: ودى، فأصلها: ودية.
يقال: ودى فلان، إذا أدى ديته إلى وليه.
والدية بالكسر: حق القتيل، والهاء عوض عن الواو، يقال: وديت القتيل أديه دية، إذا أعطيت ديته، واتديت، أي: أخذت ديته، والأمر منه: دِ فلانًا، وللمثنى: ديا، وللجماعة: دوا فلانًا ومنه قوله ﷺ: «فوداه الرسول ﷺ مائة من إبل الصدقة».
ويقال لما يعطى في الدم: دية، قال تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] وسمى المال: دية؛ تسمية بالمصدر.
وأما الدية اصطلاحًا:
فأولاً - تعريف الشافعية -:
الديات عند الشافعية هي: المال الواجب بالجناية على الحر في نفس أو فيما دونها
وعرفها السرخسي بأنها: مال يؤدى في مقابلة متلف ليس بمال، وهو النفس.
وعرفها الزيلعي بأنها: اسم للمال الذي هو بدل النفس، وهو مصدر؛ يقال: ودى القاتل المقتول: إذا أعطى وليه ذلك؛ سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر.
وعرفها ابن عابدين بأنها: اسم للمال الذي هو بدل النفس، لا تسمية للمفعول بالمصدر؛ لأنه من المنقولات الشرعية.
وعرفها سعد جلبي بأنها: المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف.
عرفها ابن عرفة بقوله: الدية: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه، أو بجرحه، مقدر شرعًا، لا باجتهاد.
الديات عند الحنابلة هي: المال المؤدي إلى مجني عليه أو وليه بسبب جناية.

جرح عبداً عمدًا فعتق، أو ذمى ذميًا فأسلم ثم مات، فإنه لا قصاص وتجب الدية المغلظة فى المسائل المذكورة، [وكذلك يجب بدل القود بالعضو على البدل، فإذا عفا وارث قصاص النفس أو المجنى عنه فى العفو عن القصاص على الدية الواجبة سقط القصاص ووجب البدل وإن لم يرضَ الجانى، وكذا لو عفا على بعض البدل ويكون من طريق الأولى][١].

ولو عفا على مال من غير جنس البدل الواجب لم يلزم إلا برضا الجانى، فإن لم يرض لم يسقط القصاص، بخلاف الصلح على عوض فاسد حيث يسقط به القود ؛ لأن الجانى هناك قد رضى والتزم فرجعنا إلى الدية. أما إذا عفا مطلقاً فقال: عفوت عن القصاص؛ وسكت عن طلب البدل - فإنه يبرأ على القول الأصح الذى يقول: إن الواجب القود وحده، كما لو صرح بالعفو عن القود والدية، نعم لو قال - بعد ما أطلق -: اخترت الدية، فنقل الرافعى عن ابن كج أنها تثبت، ويكون كما لو عفا عليها، وأنه ينبغى أن يكون هذا الاختيار عقيب العفو، وعن بعض الأصحاب أنه يجوز على التراخى، ولو لم يعف عن القود بل عفا عن الدية لغا، إلا على القول الذى يقول: إن الواجب أحدهما لا بعينه.

ولو قطع وارث القصاص فى النفس عضواً من القاتل ثم عفا عنه، نظرت: فإن برئ منه صح العفو عن النفس، وإن سرى ومات لغا العفو، وكان مستوفياً لحقه، سواء كان قطع العضو قصاصًا، بأن كان الجانى قد قطع ثم ذفف، أم لا ؛ لأن من استحق النفس[٢] لا يضمن العضو، ولو عفا وارث القصاص بعد الرمى وقبل الإصابة[٣] فقتله بالسهم، فالأصح أنه لا يلغو العفو بل يصح، ويصير معصومًا عند الإصابة والموت فتجب ديته على العافى.

ولو قطع يد رجل ثم ذفف عليه فعفا الولى عن القطع، لم يسقط القصاص فى النفس، وإن عفا عن النفس لم يسقط القصاص فى الطرف ؛ لأن كلا منهما حق مستقل.

وإن قطعه فقط لكن سرى إلى النفس، فإن كان الحق لاثنين كما إذا قطع يد عبد فعتق ثم سرى إلى النفس فعفا الوارث عن النفس، لم يسقط حق السيد من القصاص فى العفو، وكذلك عكسه.

فإن كانا لواحد، كأن قطع يد رجل فمات بالسراية وانتقل الحقان إلى ورثته نظرت: فإن

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: القصاص.
(٣) فى أ: القصاص.

عفوا عن النفس سقط القصاص فى الطرف ؛ لأن المستحق هو القتل والقطع طريقه وقد عفوا عن المستحق.

وإن عفوا عن القطع، لم يسقط القصاص فى النفس على الأصح.

وأما إذا قطع يد رجل فعفا المقطوع عن الجناية، ثم سرى إلى النفس - فإنه يجب لورثته باقى الدية، فإن كان المقطوع يداً واحدة فلهم نصف الدية، أو يَدَيْن فلا شىء لهم.

[وقوله فى الحاوى: وبدله فى الموت، إلى قوله: أو سرى فعفى عن النفس - فيه أمور:

أحدها: أنه عطف قوله: وبعد سبب القبض، على مطلقًا، المنفى لاستوائها فى سقوط البدل، ولكنهما يختلفان فى سبب سقوطه فى الأولى صحة العفو وفى الأخرى فساده.

الثانى: قوله: كرمى وقطع فبرئ، فسوى بين العفو بعد القطع والرمى والأصح: أنهما ليسا سواء بل تجب الدية فى العفو بعد الرمى وقبل الإصابة؛ لأنه صار معصومًا قبل الإصابة والموت كما لو رمى إلى حربى ثم أسلم قبل الإصابة.

الثالث: أن القونوى قال فى شرحه فيما إذا عفى بين الرمى والإصابة القاتلة: إنه يتبين بطلان العفو وتجب الدية؛ لأن القاتل قد صار معصومًا عند الإصابة والتلف وكذلك هو فى الروضة والعزيز وشرح المنهاج للأذرعى، ونبه صاحب المهمات على أن الرافعى غلط فى ذلك فإنه إذا بطل العفو لم يبق له أثر فكيف يصير معصومًا عند الإصابة والتلف، والذى قاله صاحب المهمات لا مدفع له، والله أعلم.

الرابع قوله: أو سرى فعفى على النفس ليس على إطلاقه بل ذلك إذا كان الحق لواحد أما إذا كان لاثنين كعبد قطعت يده فعتق ثم مات بالسراية فإن عفو الوارث عن النفس لا يسقط فى السيد كعكسه][1].

وقوله: ولو اقتص عن يديه ومات فلوليه حز وبعفو لا شىء.

أى: إذا قطع رجل يدى آخر فاقتص منه قبل الاندمال ومات المجنى عليه بالسراية، فللولى حز الجانى، وله أن يعفو، فإن حزه استوفى، وإن عفا لم يستحق شيئاً ؛ لأن المقتص قد استوفى ما يقابل الدية بكمالها، وهو اليدان، وهذه مسألة يستحق فيها القصاص ولا تستحق فيها الدية بالعفو. فلو وقعت الجناية والقصاص فى يد واحدة، كان له نصف الدية.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: فى نفس كاملة ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة، تبدل إن بن حوائل، معجلة منه من إبله، أو غالب إبل البلد، ثم ما قرب لا معيب ثم قومت.

أى: وبدل القصاص فى النفس الكاملة وهى نفس الحر الذكر المسلم غير الجنين: مائة من الإبل مغلظة، وتغليظها فى العمد من ثلاثة أوجه:

أن تجب حالَّة كسائر المتلفات لا مؤجلة.

وأن تجب مثلثة وهى ثلاثون حِقَّة وثلاثون جذعة وأربعون خَلِفَة.

وأن تجب فى مال الجانى. والخلفة: الحامل.

فإذا سلمهن وقال أهل الخبرة فى الإبل: إنها خلفات، أخذها، وإن بان منهن شىء غير حامل أبدل به.

وإذا وجبت الإبل - سواء فى ذلك المغلظة والمخففة كما سيأتى - نظرت:

فإن كان للمطالب إبل وأراد أن يعطى منها فله ذلك، وإن خالفت غالب إبل البلد، فإن تنوعت إبله إلى بخاتى وعراب وأرحبيات أخذ من كلٍّ بقسطه، وإن أراد أن يعطى من غالب إبل البلد فله ذلك.

فإن لم يكن له إبل تعين الأخذ من غالب إبل البلد أو القبيلة إن كانوا فى أقرب بلد بادية، فإن لم يكن فى البلد إبل اعتبر إبل أقرب البلاد إليه، وعليه النقل إن قربت المسافة لا إن بعدت، وضبطه بعضهم بمسافة القصر، وضبطه الإمام فيما لخصه الغزالى فى الوسيط أن تزيد قيمتها مع مؤنة النقل على قيمتها موضع العِزَّة، ولا يؤخذ منه معيب ولا مريض إلا إن رضى المستحق.

فإن أعوزت الإبل وجبت قيمتها ببلده ثم أقرب البلاد إليه، وجوزوا العدول عن الإبل عند وجودها إلى القيمة بالتراضى، قال صاحب البيان: هكذا أطلقوه، وليكن ذلك مبنيًّا على جواز الصلح عن إبل الدية، والتقويم بغالب نقد البلد، والمعيبة كالمعدومة، فإن عدمت الإبل وكان له إبل معيبة، وجب قيمة الصحاح من ذلك الصنف الذى ملكه، وفيه قول قديم: أن للإبل بدلًا مقدراً، وهو ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم.

وقوله: وتوزع على جروح عمد وخطأ، أو عدد ضرب وشركائه ولو سباعًا وخائطًا بلحم حى كحافر ومعمق.

أى: وتوزع الدية على جراحات الجانى إذا اختلفت أحكامها واتحد الجارح، فإذا جرحه جراحتين إحداهما عمد والأخرى خطأ فمات منهما، فلا قصاص؛ لأنه لم يحصل الزهوق بالعمد المحض، وتجب الدية نصفها مغلظة فى ماله ونصفها مخففة على العاقلة.

ولو جرح حربيا فأسلم ثم جرحه ثانيًا فمات، فلا قصاص؛ وتجب نصف الدية فإن جرحه جراحة قبل الإسلام وجراحتين بعده، إحداهما عمد، والأخرى خطأ - سقط الثلث للأولى، ولزمه ثلث دية مغلظة وثلث دية مخففة.

فإن جرحه جماعة عمدًا فمات قتلوا كلهم، أو بعضهم خطأ وبعضهم عمدًا فلا قصاص، وعلى العامد قسطه من المغلظة وعلى عاقلة المخطئ قسطه من المخففة.

والتقسيط على عدد الرءوس، فإن جرحه رجل جراحة وآخر عشراً، فعلى كل منهما نصف الدية.

فلو جرح أحدهما جراحتين خطأ وعمدًا وآخر جراحة عمد، فعلى الجارح عمدًا فقط نصف دية مغلظة، وعلى الآخر ربع مغلظة وربع مخففة على عاقلته.

ويعتد بمشاركة السباع، فإذا جرحه رجل جراحة، وجرحه سبع، ومات منهما - فعلى الجارح نصف الدية، أو سبعان فثلثها، وقيل: إن السباع جنس كالواحد فلا يتعدد وكذلك خائط الجرح مشارك يلزمه النصف إذا كان ثانيًا والثلث إذا كان ثالثًا.

هذا إذا خاط فى لحم صحيح ومثله يقتل غالبًا وكان متعديا، أما إذا أذن له المجروح وهو معتبر الإذن فلا شيء عليه، فإن كان المجروح فعل ذلك سقط عن الجانى قسطه.

وهذا إذا لم يعلم المجروح أنه يقتل غالبًا، فإن علمه يقتل غالبًا وكانت الجراحة المخيطة عمدًا، لزم الجارح القصاص، كجارح من داوى نفسه بسم يعلم أنه يقتل غالبًا فمات، فإنه يقتل على الأصح، كشريك جارح نفسه عمدًا.

أما إذا قتلوه بالضرب وآل الأمر إلى الدية، فإن التوزيع يكون على عدد الضرب لا عدد[1] الرءوس، بخلاف الجراحات على الأصح، كما قلنا فيمن زاد فى الجلد على الواجب هل توزع الدية على الضربات أو يلزمه نصف الدية؟ قولان، الأصح أنها توزع.

والفرق: أن الضربات تلاقى الظاهر فلا يعظم فيها التفاوت، والجراحات تؤثر فى الباطن ونكايتها فى الباطن كثيرة التفاوت.

ولو حفر بعض البئر فعمقها غيره وهلك بها، فالأصح أن الضمان عليهما، وهل يوزع على الأذرع أم يتنصف؟ فيه وجهان، الأصح الثانى.

[وقوله فى الحاوى: والرءوس إن شارك، ليس على إطلاق؛ فإن القاتلين إذا اشتركوا فى قتله بالضرب وآل الأمر إلى الدية فإن التوزيع يكون على الضربات على الأصح كما فى العزيز والروضة][2].

---

(١) فى أ: على.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

دية غير المسلم

وقوله: ودية كتابى الثلث، وباقى كفرة غير مرتد خمسه، كغير آمن لم تبلغه دعوة، أو بلغته لامأمنًا إن بدَّل، وإلا فدية دينه، وطفل كخير أبويه وأنثى كل وخنثاه نصفه.

أى: ودية الكتابى إذا قتل على ذمة أو أمان ثلث دية المسلم، وهى من الإبل ثلاثة وثلاثون بعيرًا وثلث بعير[1].

وأهل الكتاب هم اليهود والنصارى، والسامرة[2] كاليهود إن وافقوهم فى أصولهم،

---

(١) دية اليهودىّ والنصرانىّ إذا كان له عهدٌ: ثُلُثُ ديةِ المسلم، وهو ثلاثةٌ وثلاثونَ بعيرًا وثُلُثُ بعير، ولا فرق بين الذمِّى والمستأمَنِ والمهادن، وبه قال إسحاقَ.

وقال أبو حنيفة: ديتُهُ مثلُ دية المسلم.

دليلنا: قوله ﷺ فى كتاب عمرو بن حزم: «وَفِى النَّفْسِ المؤمنة مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ» ؛ فدَلَّ على أن الكافر أقلُّ من المائة.

وروى عبادةُ بن الصامت: «أَنَّ النَّبى ﷺ قَضَى فِى دِيَةِ اليَهُودِىِّ وَالنَّصْرَانِىِّ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ».

وروى سعيد بن المسيِّب أن عُمَرَ - رضى الله عنه - جعَلَ ديةَ اليهودىِّ والنصرانىِّ أربعةَ آلافٍ، ودِيَةَ المجوسىِّ ثمانَمِائَةِ درهم.

ولأنَّه إذا لم تكملْ ديةُ المَرأةِ المسلمة، وهى أفضَلُ من الكافرة - فالكافرةُ أَوْلَى.

فإنِ احتجُّوا بأنَّ النبىَّ ﷺ وَدَى قَتِيلَ عَمْرِو بْنِ أُمَيَّةَ الضَّمْرِىِّ بِدِيَةِ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ:

قلنا: لعلَّه تبرَّع؛ كما ودى قتيلَ الأنصارِ بخَيْبَرَ، وضحَّى بكبشَيْن.

قالوا: «رَوَى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «دِيَةُ اليَهُودِىِّ وَالنَّصْرَانِىِّ مِثْلُ دِيَةِ المُسْلِمِ».

قلنا: روىَ أبو داود هذا الخبَرَ، وقال: عَقْلُ أَهْلِ الكتابَيْن نصْفُ عقلِ المُسْلِمِ؛ فتعارضا، وسقطا.

قالوا: «ذَكَرٌ مضمونٌ بالإبل؛ فضُمِنَ بمائةٍ منها».

قلنا: المسلم أكمَلُ؛ فكان بدله أكْمَلَ؛ كالرجل، وهذا أنقصُ؛ كالجنين، والمرأة.

قالوا: «ضمانُ مالٍ يتعلَّق بالقَتْل؛ فاستوَى فيه المسلمُ والذمىُّ؛ كالكفَّارة وقيمة العبد».

قلنا: ذاك يستوى فيه الرجُل والمرأةُ، وفى الدية لا يستويان، ولأنَّ الكفَّارة لِهَتْكِ حُرْمة الله تعالى، وقيمة العبد ضمانُ مالٍ؛ فالمسلمُ فيه كالكافِرِ، وهذا يجبُ بحُرْمة النفسِ، والكافرُ لا يكافئ المسلمَ.

قالوا: «حُرٌّ محقونُ الدم على التأبيدِ؛ فوجَبَ أن تكونَ ديتُهُ كاملةً؛ كالمسلم».

قلنا: قوله: «محقونُ الدَم على التأبيدِ» - لا تأثيرَ له؛ لأن المحقون على التأبيدِ، والمحقون إلى مدَّة فى كمال الدية عنده سواء؛ فإنَّ المستأمن إلى مدَّة إذا قتل فى مدَّته، وجبَتْ ديتُهُ كاملةً عنده، ولأنَّ المسلمَ فى دار الحرب محقونُ الدم على التأبيدِ، ولا يجبُ بقَتْلِهِ الديةُ إذا لم يعلَمْ حَاله، والجنينُ محقونُ الدم على التأبيدِ، وهو مضمونٌ بغُرَّةٍ: عبدٍ أو أَمَة، والمرأةُ محقونةُ الدم على التأبيد، وديتُها على النصْفِ من ديةِ الرجُلِ المسلم، ولأنَّ المعنى فى الأصل: أنه محقونُ الدم على التأبيدِ بإيمان، وليس كذلك فى مسألَتِنا؛ فإنه محقون الدم بأمانٍ؛ فلم يكن دمه مكافئًا لدم المُسْلم.

(٢) واختلفَ أصحابنا فى السَّامرة والصَّابئين: =

وإلا فكمن لا كتاب له. والصابئة كالنصارى، ومن له شبهة كتاب كالمجوس[١]، فلأحدهم خمس دية الكتابى وهى أخس الديات.

ودية كل كافر، دخل بأمان كدية المجوسى من عبدة الأصنام وغيرها من شجر أو بقر أو قمر، وكذا الزنديق فى الأصح، ولا يستثنى منهم إلا المرتد.

قال الإمام: حتى لو فرض أن جمعًا ارتدوا وحاربونا ثم دخل أحدهم رسولًا بأمان فقد لا يتعرض له، فإن قتل فلا دية فيه.

هذا كله فيمن بلغته دعوتنا، فأما من لم تبلغه فلا يجوز قتله قبل الإعلام[٢] والدعاء إلى الإسلام.

فإن قتل قبل ذلك فعلى قاتله الكفارة، ثم ينظر: فإن لم تبلغه دعوة نبى أصلًا فلا قصاص بقتله على الصحيح، وتجب فيه دية مجوسى [لا مسلم على الأصح وإن بلغته وكان متمسكا بدين نظرت: فإن كان دينه مبدلًا ففيه دية مجوسى][٣] لأنه لم تعقد له ذمة.

وإن كان غير مبدل ففيه دية أهل ذلك الدين، وينزل عدم بلوغ دعوتنا إلى هذا منزلة عقد الذمة، فلمن لم تبلغه دعوتنا ثلاث حالات:

= فقال أبو إسحاق المروزىُّ: السامِرَةُ: من اليهود، والصابئون: من النصارى؛ فعلى هذا: يكونُ حُكْمُهم فى الديةِ حُكْمَ اليهودِ والنصارَى فيهما.

واستفتى القاهرُ أبا سعيدٍ الإصطخرىَّ فى الصابئين؟ فأفتى بقتلهم؛ لأنهم يعتقدون أن الكواكبَ السَّبْعة مدبِّرة؛ فعلَى هذا: يكونُ حكمهم فيها حُكْمَ عبدة الأوثان.

والمذهَبُ: أنهم إنْ وافقوا اليهودَ والنصارَى فى أصولِ الدينِ مِنْ تصديق الرسلِ والإيمانِ بالكتب - كانوا منهم، وإنْ خالفوهم فى أصولِ الدينِ - لم يكونُوا منهم، وكانَ حُكْمَهُم حُكْمَ عبدة الأوثان

(١) وديةُ المجوسىّ إن كان له عهد: ثُلُثَا عُشْر دية المسلم، وهو ستة أبْعِرَة، وثلثا بَعِيرٍ، سواءٌ كان الأمانُ مطلقًا أو إلى مدَّة، ولو كانتْ ساعة، وبه قال مالك.

وحُكِيَ عن عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - أنه قال: ديتُهُ ديةُ اليهودىِّ والنصرانىّ.

وقال أبو حنيفَةَ: ديتُهُ ديةُ المسلم.

دليلنا: ما رَوَى سعيد بن المسيِّب: «أَنَّ عُمَرَ - رضى الله عنه - جعَلَ دِيَةَ المَجُوسِىّ ثَمَانَمِائَةِ دِرْهَم»، ولا يُعْرَفُ له فيه مخالف؛ فوجب المصيرُ إليه والعمَلُ به، ولأنه مِنْ جنسٍ لا تؤكل ذبائحهم ولا تُنْكَح نساؤهم، ولا يجبُ بإتلافهم ما يجبُ بإتلافِ المسلم أو الذمىّ مِنْ أهلِ الكتاب؛ كالوثنىّ.

فإن احتجَّ لعمر بأنَّه كافرٌ محقونُ الدم؛ فأشبه اليهودىَّ والنصرانىَّ، واحتُجَّ لأبى حنيفة بأنه حرٌّ محقونُ الدم؛ فوجبَتْ فيه ديةٌ كاملة؛ كالمسلم:

قلنا: يجوزُ اعتبارُهُ بالمسلم ولا اليهودىّ والنصرانىّ؛ لنقصان أَحْكَامهما؛ لأن ذلك مما يُوجِبُ نقصانَ الدية؛ كما أوجب نقصَانَ دية المرأةِ عَنْ دية الرجل.

(٢) فى ط: الإسلام.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ألا تبلغه دعوة نبى أصلاً، أو أن تبلغه لكن بدل، ففى هاتين الحالتين تجب فيه دية مجوسى، الثالث: أن تبلغه دعوة موسى أو عيسى ولم يبدل، ففيه دية كتابى.

ودية الطفل كدية أكثر أبويه؛ ففى ابن المسلم من الكتابية دية مسلم، وفى ابن الكتابية من المجوسى دية كتابى، ويجب فى الأنثى من كل نصف دية الرجل من أهل دينها؛ لحديث عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ: «أن دية المرأة على النصف من دية الرجل»[١].

وروى ذلك عن عمر[٢] وعثمان[٣] وعلى[٤] وابن مسعود[٥] وابن عمر[٦] وابن عباس[٧] - رضى الله تعالى عنهم - وقد اشتهر ذلك عنهم من غير خلاف فيكون إجماعًا[٨]. والخنثى المشكل كالمرأة؛ لأن الزيادة مشكوك فيها.

وقوله: وكنفس دية عقل ولسان، أو حركة نطقه وصوت وذوق ومضغ وجلد وحشفة أو بالذكر وإمناء وحبل ولذة جماع وطعام ومسلكه، وخلط قُبُل ودُبُر بمهر وجب، وسقط أرش بكارة عن مفض وزوج، وحيث قرن بمهر فمهر ثيب.

أى: وكما تجب دية النفس فى الكامل والناقص تجب فى عقله، فإذا أذهب عقل رجل كامل لزمه مائة من الإبل، وفى عقل المرأة نصفها.

ولو قطع يديه ورجليه فزال عقله، لزمه ثلاث ديات.

---

(١) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ٤٨) وقال: - هذه الجملة ليست فى حديث عمرو بن حزم الطويل، وإنما أخرجها البيهقى (٨/ ٩٥) من حديث معاذ بن جبل وقال: إسناده لا يثبت مثله.

(٢) أخرجه الشافعى (٣٦٧-ترتيب المسند) ومن طريق البيهقى (٨/ ٩٥).

(٣) قال الحافظ فى التخليص (٤/ ٤٨): لم أره.

(٤) أخرجه البيهقى (٨/ ٩٦).

(٥) أخرجه البيهقى (٨/ ٩٦).

(٦) قال الحافظ فى التلخيص (٤/ ٤٩): لم أره عنهما.

(٧) ينظر السابق.

(٨) ديةُ المرأةِ نصْفُ دية الرجلِ، وبه قالَ كافَّة أهلِ العِلْم، إلا ما حكى عن ابن عُلَيَّة والأصمِّ، أنهما قالا: دِيَتُهُمَا سواءٌ.

دليلنا: ما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنه قال فى كتابِ عمرو بن حزم: «وَدِيَةُ المَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ».

وروى معاذ - رضى الله عنه - نحو ذلك.

وروى ذلك عن عمر، وعثمان، وعلى، وابن عباس، وابن عمر، وزيد بن ثابت - رضى الله عنهم - ولا مخالِفَ لهم.

فإن احتجُوا بقوله ﷺ: «وَفِى النَّفْسِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»، ولم يفصّل:

قلنا: ما ذكرناه خاصٌّ؛ فكان مقدَّمًا عليه.

ويفهم ذلك من إيجاب الدية فى الأطراف بعد ذكر وجوبها فى العقل، وإن زال بعضه وأمكن الضبط بأن كان يجن يومًا ويفيق يومًا، وجب نصف الدية.

وكذا إذا انضبط بالنسبة إلى ما يصدر منه من انتظام قول وفعل وعدم انتظامه، وإن لم يمكن الضبط فالحكومة.

وفى اللسان الدية، كما روى فى كتاب عمرو بن حزم إيجاب الدية فى العقل واللسان، وسواء فى ذلك لسان الأَرِب والألثغ والذى ثقل كلامه، والضعف فيه كضعف البطش فى اليد لا يؤثر، وسيأتى أن فى لسان الأخرس الحكومة، ولسان الطفل كغيره إن نطق بنحو بابا ودادا أو كان يحركه عند البكاء والضحك والامتصاص تحريكًا صحيحًا. هذا إذا بلغ وقت التحريك، وأما قبل بلوغ وقته فتجب الدية ولا يشترط التحريك ولا النطق. وتجب فى إبطال حركة اللسان الدية، فلو ضرب لسانه فأبطل حركته حتى عجز عن التقطيع وترديد الحروف ففيه دية كاملة، فلو قطع عذبة[1] لسانه أو ضرب رأسه أو عنقه فبطل كلامه وجبت الدية، ولو قطع لسانه فذهب النطق، لم تجب إلا دية واحدة للسان فقط، ولو أبطل الصوت[2] وحركة اللسان وجبت ديتان؛ لأن الصوت غير حركة اللسان، وتجب الدية فى إبطال الذوق وحده، كما فى السمع والبصر وسائر الحواس، ويتصور إبطاله بالجناية على اللسان والرقبة وغيرهما، ولو أبطل ذوقه ونطقه وجبت ديتان؛ لأنهما منفعتان مقصودتان فلا تتبع إحداهما الأخرى، ولأن محلهما مختلف، فالنطق مختص باللسان، والذوق لا يختص باللسان، وكذا لو قطع لسانه فذهب ذوقه وجبت ديتان، والذى يدرك بالذوق: الحلاوة والحموضة والمرارة والملوحة والعذوبة، ففى كل واحد منها خمس الدية، وإن انتقصت الطعوم كلها فالحكومة، وكذلك المضغ تجب فيه الدية الكاملة، وتجب[3] إما بالجناية على الأسنان فتجبر[4] فتبطل صلاحيتها للمضغ، أو على اللَّحْيَيْن فييبس مغرسهما فتمتنع حركتهما.

وتجب فى سلخ الجلد دية النفس، والمسلوخ لا يعيش لكن قد يعرض فيه حياة مستقرة، فتظهر فائدة ذلك فيما إذا حز رقبته بعد ذلك غيره، ولو قطع يده بعد السلخ لم يجب أرش يد كاملة بل ينقص قدر الجلد المسلوخ، فكذا لو سلخ جلد مقطوع اليد نقص من الدية بقسط جلد المقطوعة.

---

(١) فى أ: عبده.
(٢) فى أ: الصورة.
(٣) فى أ: وتبطل.
(٤) فى ط: فتحدر.

ولو قطع حشفة الذكر لزمته الدية، كما لو قطع الذكر كله؛ لأن مدار لذة النكاح عليها وكذا سائر أحكامه، فالحشفة مع الذكر كالأصابع مع الكف، يستوى فى ذلك ذكر الصغير والكبير والخصى والعنين. ولا يجب فى الذكر الأشل إلا حكومة، ولو ضرب ذكرًا فأشله وجبت الدية. ولو أبطل قوة الإمناء من رجل بكسر صلب أو غيره وجبت الدية، ولو قطع أنثييه فذهب ماؤه لزمه ديتان.

وتلزمه الدية أيضًا بإبطال قوة الحبل من المرأة، وتجب بإبطال قوة التلذذ بالجماع والرغبة فيه مع السلامة للذكر وعدم انقطاع الماء؛ لأن التلذذ من المنافع المقصودة، وفيه الأثر عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى، رضى الله عنهم أجمعين.

واستبعد الإمام ذهاب الشهوة مع سلامة الذكر وبقاء الماء.

وكذلك تجب الدية إذا جنى عليه فذهب التلذذ بالطعام، قاله الإمام وقال: بل هو أولى بها من ذهاب التلذذ بالجماع.

وكذلك لو جنى على عنقه فانسد مسلك الطعام والشراب، وهذا لا يعيش ولكن قد تبقى فيه حياة مستقرة، تظهر فائدة ذلك فيما لو حز غيره رقبته وإن نفذ الطعام والشراب بمشقة فحكومة.

ويجب بالإفضاء الدية، وهو خلط القبل بالدبر، هذا هو الأصح.

وقيل: هو خلط الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج البول، ولا فرق أن يكون بآلة الجماع أو بغيرها كالإصبع.

وقد يكون الإفضاء بالوطء عمدًا، بأن تكون نضوة وهو عبل[1]، والغالب أن وطأه لها يفضى إلى إفضائها.

وقد يكون عمد خطأ، بأن يكون قد يفضى لكن ليس غالبًا فتغلظ الدية، وقد يكون خطأً محضًا بأن يجد امرأة على فراشه فظنها امرأته فيطؤها فيفضيها، وسواء أفضاها بوطء أو غيره، لكن تجب دية ومهر إن أفضاها بوطء نكاح أو شبهة أو إكراه.

وتجب الدية والمهر والحد فى حالة الإكراه، فإن طاوعته فلا مهر لها، وعليه الدية والحد، ولا يجب لها أرش بكارة على الأصح؛ لأن الأرش والدية فى إزالة البكارة والإفضاء وجبا للإتلاف، فدخل أقلهما فى أكثرهما، بخلاف المهر، فإنه وجب للاستمتاع، فلا يدخل فى بدل الإتلاف.

---

(١) فى ط: عبيل.

وإن أزال بكارة امرأة من غير إفضاء نظرت: فإن كان زوجًا فلا شيء عليه؛ لأنه يستحق إزالتها، وقيل: إذا أزالها بغير الجماع، لزمه الأرش، والأصح خلافه.

وإن كان أجنبيا وكان الوطء يوجب المهر كوطء الشبهة والإكراه، لزمه المهر. وفى أرش البكارة ثلاثة أوجه: أحدها: يلزمه مهر بكر وأرش البكارة، والثانى: يلزمه مهر بكر دون الأرش، والثالث - وهو الأصح - أنه يلزمه مهر ثيب وأرش البكارة.

[وقوله فى الحاوى: والعقل واللسان وحركة النطق والصوت، إلى قوله: بالمهر كأرش البكارة لا على الزوج ولو بإصبع - فيه أمور:

أحدها: قوله: واللسان وحركته والنطق، فجعل فى اللسان الدية وفى حركته الدية وفى النطق الدية، فأفهم أن حركة اللسان تقع على غير النطق، وليس كذلك فإن الأخرس يحرك لسانه ولا دية فى تلك الحركة، وإنما المراد حركة تقطيع الحروف وترديدها وهو قوه النطق الذى يحركها الصوت، فإذا أبطل هذه الحركة بطل النطق وبقى الصوت، فإذا أبطله أيضًا وجبت ديتان، ثم هذه الحركة التى هى قوة النطق تدخل ديتها فى دية اللسان إذا قطع، ولا يدخل الصوت والذوق وهو مأخوذ من عبارة العزيز والروضة وكلام الأصحاب.

الثانى: قوله: ولو بزنى ونكاح بالمهر كأرش البكارة، لا يمكن تخصيص المهر بحالة النكاح؛ فإن الزانى إذا أكرهها يلزمه المهر، ولا يعمم بحالة الزنا والنكاح لأن الزانى بالمطاوعة لا مهر عليه.

الثالث: أنه أطلق القول بإيجاب المهر مع أرش البكارة، ولم يبين هل الواجب مهر بكر أو ثيب، والأصح أن الواجب مهر ثيب وأرش البكارة كما سبق بيانه.

الرابع: أنه قضى بأن الإفضاء يوجب الدية مع المهر إن كان بوطء كأرش البكارة لا على الزوج، فاستثنى وجوب أرش البكارة على الزوج، وأوجب عليه الدية والمهر بالإفضاء وعلى غيره أوجب الجميع وهو وجه، والأصح: أنه لا يجب أرش البكارة مع الدية بل يدخل فى الدية كما سبق بيانه][1].

وقوله: ونصف فى شم منخر وأذن حاسَّةٍ، وسمع أذن لا تعطله، وتعطل نطق وشم، وفى نظر عين وبطش كف ومشى قدم، وحلمة ثديها أو معهن، وفى شفة إلى الشدقين وسائر اللثة ولحى وألية وخصية وشفر.

أى: ويجب نصف الدية فى إذهاب الشم من منخر واحد، وفى شم المنخرين الدية، سواء كانت بجناية على الرأس أو غيره، والعبرة بدية صاحبها. وفى الأذن الواحدة كذلك

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وفى الأذنين الدية.

وإنما يجب ذلك فى أذن تحس بما يدب عليها؛ لأن منفعتها الإحساس بالدبيب المنبه على طرد الهوام عنها، وقيل: منفعتها جمع الصوت.

فعلى الأصح الواجب فى الأذن الشلاء التى لا تحس حكومة.

وعلى الثانى دية؛ لأنها تجمع الصوت(١) ويجب بإشلالها الدية على الأصح، لا على الثانى، وتسمى الأذن الشلاء: مستحشفة، أى يابسة.

وسواء أذن السميع والأصم؛ لأن السمع ليس محله الأذن، ويجب فى سمع الأذن الواحدة مع بقائها نصف دية صاحبها، وليس ذلك لتعدد السمع فإنه واحد، وربما لا ينقص نصف سمع الرجل بانسداد إحدى أذنيه، لكن لما عسر ضبط نقصانه جعل المنفذ ضابطًا؛ لأنه أقرب إلى ضبطه.

وإن قطعها فذهب سمعها لزمه دية كاملة. ولو قال أهل الخبرة: إن السمع يعود إلى مدة، نظرت:

فإن قدروا مدة لا يعيش إليها غالبًا لزمتهم الدية، وإن كان يعيش انتظرت، فإن لم يعد ألزمناه. وأما إذا عطل السمع ولم يذهبه، بأن جنى عليه جناية ارتتق منها منفذ السمع ولطيفة السمع باقية فقول أهل الخبرة:

فإن قالوا: يزول، انتظر، وإن قالوا: لا يزول، لم تجب إلا حكومة على الأصح. وتعطيل(٢) السمع كتعطيل النطق، فإذا جنى على سمع طفل وأذهبه فتعذر لأجل ذلك نطقه؛ لأنه لا يسمع ما ينطق به فوجهان والأصح أن الواجب فى تعطيل النطق الحكومة أيضًا، وكذا الحكم فى تعطيل الشم. ويجب فى نظر عين واحدة نصف الدية، وسواء فى ذلك نظر الأحول والأعور والأعمش - وهو ضعيف البصر مع سيلان دمعه غالبًا - والأعشى - وهو من يبصر بالنهار دون الليل - والأخفش - وهو صغير العين ضعيف النظر خلقة - والأجهر - وهو من لا يبصر فى الشمس - وإنما استووا لبقاء المنفعة فى أعينهم، ولا نظر إلى التفاوت فيها كما لا ينظر إلى تفاوت البطش فى الأعضاء. فإن كان فى العين بياض قليل لا ينقص الضوء، لم يمنع وجوب الدية والقصاص كثآليل اليد فإن كان على ناظر العين وهو قليل لا ينقص الضوء فكالصحيحة، وإن نقصه وأمكن ضبطه اعتبر، وإلا فحكومة، وسواء ذهب بصر العين وحده أو مع العين. ويؤخذ ذلك من قوله بعدُ أو معهن،

---

(١) فى أ: الدية.

(٢) فى ط: وتعطل.

وفى العين القائمة التى لا نظر فيها حكومة، وفى بطش اليد نصف الدية، وفى بطش اليدين الدية.

وكذا حكم مشى الرجل والرجلين، فلو ضرب يده فأهب بطشها أو رجله فأذهب مشيها، لزمه نصف الدية.

ولو كسر صلبه فأذهب مشيه، لزمته الدية ودخلت فيها حكومة الصلب.

ولو كسر صلبه فأشل رجليه وذهب مشيه، لزمته دية المشى وحكومة الصلب؛ لأن المشى منفعة الرجلين، فإذا شلتا ففواته لشلل الرجلين، فأفرد الصلب بالحكومة، ويكفى فى إيجاب الدية شلل الكفين والقدمين.

ولو أبطل بطش يد بلا كف أو مَشْى رجل بلا قدم فحكومة.

وفى حلمة ثدى المرأة نصف الدية، وهى رأس الثدى الذى يلتقمه الرضيع، ولونها مخالف للون الثدى غالبًا، وحولها دائرة على لونها وهى من الثدى.

واحترز بقوله: حلمة ثديها، من حلمة ثدى الرجل، فإن الأصح أن فيها حكومة.

وفى ثُنْدُوَتِهِ حكومة أخرى، ولا يتداخلان، لأن ثندوة الرجل لحمة أجنبية ليست على لون الثدى.

وأراد بقوله: أو معهن، أن الدية فى هذه المفردات التى ذكرها وهى النظر[١] وما بعده أو مع ما ذكر معها من العين والكف والقدم كما سبق ذكره، من أنه إذا ذهب البصر مع العين والبطش مع الكف والمشى مع القدم - لم تجب إلا دية واحدة، وفى إذهاب بطش اليدين كأن كان بإشلال فدية واحدة، وإن كان بقطع الكف فحكومة تزاد لما فوق الكف، وكذلك الرجل فيما فوق القدم.

وتجب بقطع شفة نصف الدية، وفى الشفتين الدية، إذا استؤصلت من الشدق إلى الشدق فى عرض الوجه، وما يستر من اللثة فى طوله.

وفى اللحى: نصف الدية، فإن قطعهما جميعًا فالدية، وهما العظمان اللذان تنبت فيهما الأسنان السفلى وملتقاهما الذقن.

فلو قطعهما مع الأسنان وجبت أروش الأسنان مع الدية؛ لأنها موزعة[٢] فيهما، وليست بمنزلة الأصابع من الكف؛ لأن الأصابع من أجزائه.

وفى خصيته نصف الدية، وفى الخصيتين الدية.

---

(١) فى ط: وفى النظر.

(٢) فى ط: مودعة.

وكذا الألية الواحدة فيها نصف الدية، وهو القدر المشرف على استواء الظهر والفخذ، ويجب بقطع الأليتين الدية، ولا يشترط الوصول إلى العظم.

وفى شفر المرأة نصف الدية، وفى الشفرين الدية، ولا فرق بين قطعهما وإشلالهما، ولا بين الشفر فى الرتقاء والقرناء وغيرهما؛ لأن النقصان فيهما ليس فى الشفرين.

[وقوله فى الحاوى: وأذن منع الهوام، إلى قوله: وحلمة المرأة فيه أمور:

أحدها: قوله: وأذن وسمعها، ثم قال: وعين وبصرها - يوهم أن حكم العين كحكم الأذن مع السمع، وليس كذلك بل يجب الأذن والسمع ديتان إذا أذهبهما معًا، ولو أذهب البصر مع العين لم تجب إلا دية واحدة، فكان ينبغى أن يميز بينهما فى العادة.

الثانى: قوله: لا تعطيله كالنطق والمشى، قال فى التعليقة والمصباح: يعنى إذا كسر صلبهُ فذهب المشى لم يجب إلا حكومة فى المشى ولم تجب الدية، والذى فى العزيز والروضة: أن الواجب فى المشى دية وتدخل حكومة كسر الصلب فيها. قلت: يمكن حمل كلام الحاوى على ما إذا جرح فى رجله فسرى الجرح، وقال الحكماء: مثل هذا لا يبرأ صاحبه منه ويتعطل مشيه بذلك أنه تجب الحكومة كارتتاق السمع بخلاف كسر الصلب؛ لأن الصلب قوام المشى وكسره يذهب قوة المشى عرفا، وليس الجرح كذلك.

الثالث: قوله: حلمة المرأة، أى توجب الدية، وسكت عن بقية الثدى، ولا شك أن الحلمة مع الثدى كالبصر مع العين يجب بإتلافهما معًا الدية فقط][(١)].

وقوله: وَجُرِّب عقل فى خلوات بلا يمين وحواس بصيحة بغتة وتقريب حية وريح حادة ومر وحلف لنقص.

أى: إذا أنكر الجانى زوال العقل، جرب بالمراقبة فى الخلوات وأوقات الغفلات، فإن فقد انتظام حاله فيها وجبت الدية، ولا يحلف لتعذر إثبات الجنون بيمين المجنون.

ولا يقال: يستدل بحلفه على عقله؛ لأنه قد يجرى انتظام ذلك منه اتفاقًا.

هذا فى زوال العقل، أما فى سائر الحواس فلا بد من اليمين؛ ولهذا قدم قوله بلا يمين قبل ذكر الحواس.

وإذا أنكر ذهاب السمع جرب بصوت منكر بغتة، بأن يصاح به صياح قوى فى حال نومه أو غفلته، ويتأمل حاله عند صوت الرعد الشديد، فإن لم يظهر منه انزعاج بان صدقه، ومع ذلك يحلف لاحتمال أنه يتجلد ويتكلف.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإن ظهر منه انزعاج صدق الجانى بيمينه، وإن نقص سمعه وعرف قدر المسافة التى كان يسمع منها والتى صار يسمع منها الآن، أعطى قسطه من الدية، وإن لم يعرف فالحكومة، ويقدرها الحاكم باجتهاده، فإن ادعى ذهابه من واحدة حشيت السليمة وجرب فى الأخرى بالصياح ونحوه.

ويجرب للبصر بتقريب حية أو حديدة من حدقته معافصة، فإن لم ينزعج فقيل: يحلف، وقيل: يراجع أهل الخبرة، فإنهم يقابلون بعينه الشمس وينظرون فيها فيعرفون ذهاب البصر.

ويجرب الشم بتقريب الروائح الطيبة والخبيثة، فإن هش لهذه وعبس لهذه، وإلا فهو صادق واليمين كما سبق، وإن انتقص الشم وأمكن ضبطه فقسطه، قال الشافعى: ولا أحسبه يعلم، وإن لم يعلم وجبت حكومة.

وإن عاد الشم وقد أخذ الدية ردها، ولو وضع يده على أنفه عند رائحة منكرة فقال الجانى: عاد شمك، وأنكر - صدق المجنى عليه بيمينه؛ إذ قد يقع ذلك اتفاقًا أو تفكرًا أو مخاط[1] ونحوه.

ويجرب الذوق بشىء مر يلقمه معافصة، فإن ظهر منه تعبيس أو كراهية حلف الجانى، وإلا صدق المجنى عليه بيمينه.

وإذا ادعى عليه نقصان العقل أو حاسة من الحواس، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته كالحيض من المرأة.

قال الإمام: وينبغى أن يعين المجنى عليه قدرًا يطلب به، وإلا فهو كمن يدعى مجهولًا، وسبيله أن يؤخذ بالأقل المستيقن.

وقوله: وثلث فى طبقة مارن، وجائفة كمأمومة، وحوف شرج لا فم وذكر.

أى: ويجب ثلث الدية فى كل طبقة من طبقات المارن - والمارن: ما لان من الأنف، وهو ثلاث طبقات: الطرفان والوتيرة القائمة فى الوسط - فإن قطع المارن كله ففيه دية نفس صاحبه كاملة، وأنف من لا يشم كأنف من يشم، وفى الأنف المستحشف ما مر فى الأذن المستحشفة.

ويجب ثلث الدية أيضًا فى الجائفة، وهى فى كل جرح وصل إلى الجوف الأعظم من الرأس والجبين والحلق والصدر والبطن والخاصرة والورك والشرج.

فالواصلة إلى جوف الرأس من الرأس والجبين تسمى: مأمومة ودامغة، وما عدا ذلك

---

(١) فى ط: أو مخاطبًا.

يطلق عليه اسم الجائفة.

والشرج هو ما بين الخصية والدبر، فإذا خرق إلى الجوف وجب الأرش المذكور.

وكذلك الواصل إلى المثانة من العانة، لا ما وصل إلى مجرى البول من الذكر؛ لأنه ليس من الجوف الأعظم، ولا له قوة تحيل الغذاء والدواء المستقر فيه، ولا الواصل إلى باطن الفم والأنف؛ لأنهما ليسا من الأجواف الباطنة.

[وقوله فى الحاوى: وواصل إلى جوف له قوة محيلة كداخل الشرج، فيه أمران:

أحدهما: أنه حد الجائفة بالواصل إلى جوف له قوة محيلة، وفسرت المحيلة بأنها المحيلة للغذاء وللدواء، ولم يذكر هذه العلة فى الروضة وإن كان قد ذكرها فى العزيز مع غيرها، والظاهر أن مرادهم بالجوف ما له قوة محيلة أو الأجواف الباطنة التى هى طريق إلى مآله قوة محيلة، فالفم وإن [كان] محيلا إلا أنه ليس من الأجواف الباطنة بخلاف الدبر.

الثانى: قوله كداخل الشرج، اعلم أن الشرج هو العصب الذى بين الدبر والأنثيين، فقد يوهم أنه يكفى دخولها فيه وإن لم يخرق إلى الجوف، وهى عبارة العزيز فإنه قال: ومن العجان إلى داخل الشرج قال الأذرعى: وقد يوهم أن الوصول إلى داخل الشرج كاف وفيه نظر وعبارة الشافعى -رحمه الله- فى الأم: وكذا لو طعنه فى الشرج فخرقه لأن ذلك يصل إلى الجوف][(١)].

وقوله: وربع بجفن، ونصف عشر بإيضاح عظم رأس ووجه وهشمه ونقله وأنملة إبهام وسن ثُغِرت، أو أفسد منبتها وكذا بظاهر لا قود، ولغا عود مثغر وموضحة ولسان وبطش ضعيفة لقطع قوية، ولصوق بائن، وتزال لا المعانى.

أى: ويجب ربع الدية فى كل جفن من أجفان العين، ففى أجفان العين الأربعة دية كاملة إذا استؤصلت.

وقد يقطع بعض الجفن فيتقلص الباقى فيظن أنه استؤصل فيلتحق[(٢)]، ولا فرق بين الجفن الأعلى والأسفل، وفى المستحشفة الحكومة وإن ضربه فاستحشف فدية قطعًا، ولا يجىء فيه الخلاف الذى فى الأذن لبقاء المنفعة هناك.

وإن قلع العينين بالأجفان فديتان، ويجب نصف عشر الدية فى الموضحة، وهى التى تخرق السمحاق وتوضح العظم فيبدو وضحه، أى: بياضه، وفى الهاشمة أيضًا، وهى التى تكسره، وفى المُنَقِّلة وهى التى تنقل العظم.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط..

(٢) فى أ: فليتحقق.

فإذا أوضحه رجل وهشمه آخر ونقله ثالث لزم كل واحد منهم نصف عشر الدية، وإن حصل الثلاث من واحد لزمه عشر الدية ونصف عشرها، ومحل هذه الثلاث الوجه والرأس، سواء كان على الهامة[١] أو على الناصية أو القذال وهو مؤخر الرأس، أو الخُشَشَا وهو العظم الذى خلف الأذن، أو منحدر القمحدوة[٢] إلى الرقبة، والوجه كالجبهة والجبين والخدين وقصبة الأنف، واللحيان، كل هذا محل للإيضاح والهشم والنقل، وليس فى إيضاح عظم غير هذه الأماكن أرش مقدر، بل حكومة، وإن وجب القصاص فى موضحة غير هذه.

وكذلك الهشم والنقل فى غيرها ليس فيه إلا حكومة.

واعلم أن الشجاج عشرة مشهورة: الحارصة: وهى التى تشق الجلد ولا تدميه، والدامية: وهى التى تشقه وتدميه ولا تقطع اللحم، والباضعة: وهى التى تبضع فى اللحم بعد الجلد، أى: تقطع فيه، والمتلاحمة: وهى التى تغوص فى اللحم ولا تبلغ الجلدة التى بين اللحم والعظم، والسِّمْحاق: وهى التى تبلغ الجلدة التى فوق العظم، والموضحة: وهى التى توضح العظم وتقطع تلك الجلدة، والهاشمة: وهى التى تهشم العظم، أى: تكسره، والمنقِّلة: وهى التى تنقل العظم من موضع إلى موضع، والمأمومة: وهى التى تبلغ أم الرأس وهى خريطة الدماغ، والدامغة: وهى التى تخرق الخريطة وتصل إلى الدماغ. واختلفوا فى كونها مذففة، وقد نظمتها فى سبعة أبيات، وهى هذه:

فحارصة شقت ودامية فرت ... وأدمت وذات البضع ما قطعت لحما
فإن هى غاصت فهى ذات تلاحم ... وسمحاقها يبقى على عظمه رسما
وموضحة تبقى وهاشمة بها ... تهاض وذات النقل ما نقلت عظما
ومأمومة تأتمُ[٣] كيس دماغه ... فإن خرقته فهى دامغة تُسمَى
فموضحة فيها القصاص وأرشها من النـ ... ـفس نصف العشر واجعل كذا الهشما
وناقلة أيضًا تساوت أروشها ... وفى جمعها عشر ونصف ولا ظلما
كدامغة مأمومة ثلث نفسه ... وما قبل هذا للحكومة قد يُنْمَى

(١) فى أ: الهاشمة.
(٢) فى أ: القمحدة.
(٣) فى ط: تؤم.

فالخمس الأخيرة قد بينا حكمها.

والخمس الأولى لا يجب فيها إلا الحكومة، قال فى الروضة: والأكثرون يريدون أنه إذا كان على رأسه موضحة إذا قيس بها الباضعة مثلاً، عرف أن المقطوع ثلث أو نصف فى عمق اللحم - وجب الأكثر من الحكومة وقسطه من الموضحة.

ويجب فى أنملة الإبهام نصف عشر الدية؛ لأن فى كل إصبع عشر الدية توزع على الأنامل والإبهام أنملتان، ويجب فى سن واحدة إذا كانت مثغرة نصف عشر ديته أيضًا، يقال: ثغر الصبى: إذا سقطت رواضعه، فإذا نبتت قيل: اثَّغر فهو مُتَّغِر على وزن مُفْتَعِل، قلبت التاء ثاء ثم أدغمت فى الثاء، فقيل: اتغر بالتاء المثناة، وقيل: بالمثلثة.

وغير المثغر إذا كسرت سنه أو قلعت ففيها حكومة، إن، لم يفسد المنبت، فإن فسد المنبت ويبس منها لزمه ما يلزمه فى سن المثغر من القصاص ودية السن وهى نصف العشر.

فلو مات قبل اليأس لم يجب إلا الحكومة؛ لأن الأصل براءة الذمة، والأسنان والأضراس سواء فى الأرش.

وأشار بقوله: وكذا بظاهر، إلى أنه يكمل بالظاهر الدية، فإن قلعها مع السِّنخ فلا تجب إلا دية واحدة.

نعم إن كسر الظاهر وقلع آخر السنخ وجب أرش على الأول وحكومة على الثانى، وكذا إذا عاد الجانى بعد الاندمال وقلع السنخ، وكذا قبله على الأصح، وسواء كانت السن ثابتة أو متحركة ناقصة المنفعة، وإن غلب على الظن سقوطها ما لم تبطل منفعتها.

فإن بطلت فالحكومة، فلو قلع الأسنان كلها وهى اثنتان وثلاثون من رجل مسلم، وجب له مائة وستون من الإبل.

وفى السن إذا لم تكن أصلية - وهى الشاغية - حكومة.

ويشترط فى وجوب الأرش فى السن الإثغار، أو إفساد المنبت، كما يشترط ذلك فى وجوب القود.

وقد علم مما سبق أن القود فى السن إنما يجب إذا قلعت لا إذا كسرت.

ولو عادت سن من أثغر على الندور لم يسقط القصاص والأرش على الأظهر؛ لأن العائد نعمة جديدة، وكذلك الموضحة والجائفة إذا التأمتا لا يسقط أرشهما.

وكذا اللسان إذا قطعها، أو قطع فلقة منها فنبتت وعادت - لا يسقط فيها القصاص

والأرش. ولو كان له يدان ضعيفة وقوية، فقطعت القوية، فاشتدت الضعيفة وصارت قوية - لم يسقط القصاص ولا الأرش أيضًا.

وإذا أبان الأذن ثم أعادها فى حرارة الدم فالتصقت، لم يسقط القصاص والأرش، وكذا السن إذا ألصقها، قال الشافعى والأصحاب: تجب إزالتها لتصح الصلاة، قلت: وفى النفس من هذا شىء؛ إذ الأصح أن ميتة الآدمى طاهرة والدم الذى يلتصق معه الأذن قليل وكذلك السن أقل، ومما يزيد فى الإشكال قولهم: إنه إذا قطع الأذن وبقى منها شىء معلقة به فردت والتصقت، إنه لا يجب قطعها، وإن على قاطعها بعد ذلك القصاص.

وقالوا: لو قطع الأذن وبقى منها[(١)] جلدة معلقة بها، فإنها توجب القصاص والأرش، كما لو أبانها، ولو ألصقها فالتصقت فمقتضى ما فى العزيز والروضة أنه يسقط القصاص والأرش على الصحيح.

وأما المعانى إذا عادت وهى كالبطش والمشى والسمع والبصر والذوق فإنه يسقط بعودها ما وجب بإذهابها.

[وقوله فى الحاوى: وظاهر سن مثغرا وبان فساد المنبت كالقود، إلى قوله: ويقطع - فيه أمران:

أحدهما: قوله وظاهر سن مثغرًا وبان فساد المنبت كالقود، مقتضاه أنه إذا كسر ظاهر سن الصبى ففسد المنبت أنه يجب القود، وليس ذلك على إطلاقه بل ذلك إذا بانت الأذن، أما إذا بقيت معلقة بجلدة فإن القصاص أو الأرش كاملاً يجب، لكن إذا التصقت فى هذه الصورة فمقتضى ما فى الروضة أنه يسقط القصاص والأرش على الصحيح.

الثانى: قوله: ويقطع من هذا التفصيل أيضًا، ولا يقطع إلا إذا بانت، ذكره فى الروضة على الفرق، إلا إذا قلنا: إن موجب القصاص القطع بنجاسة المبان من آدمى][(٢)].

وقوله: وثلثه فى أنملة، ولبعض ضبط قسط كحروف مما يحسن إن بقى مفهم، ومع اللسان الأكثر وحط نقص وجب أرشه أو كان جرمًا له دية.

أى: ويجب ثلث عشر الدية فى كل أنملة من أنامل الأصابع غير الإبهام فقد سبق حكمها؛ لما بينا أن فى الإصبع العشر، وأناملها ثلاث، ففى كل أنملة ثلث[(٣)] العشر.

ويجب لإتلاف بعض ماله أرش مقدر قسط من أرشه إذا ضبط ذلك البعض، سواء كان جِرْمًا أو معنى: ففى نصف اللسان نصف ديته، وفى قطع ثلث الأذن ثلث ديتها، وربع

---

(١) فى ط: فيها.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: نصف.

الأنملة ربع ديتها.

وتوزع فى السن على الظاهر، وفى بعض الحشفة والحلمة عليهما لا على كل الذكر والثدى فى الأصح.

وفى نقصان السمع والبصر وما انضبط من سائر المعانى يرجع فيه إلى القسط، ويوزع فى الحروف على ما يحسن من ثمانية وعشرين حرفًا، فإذا أحسنها وجنى عليه فأذهب سبعة أحرف مثلاً لزمه ربع الدية. هذا إذا بقى له كلام يفهم، فإن لم يبق له كلام يفهم، فالأصح أنه يجب كمال الدية لذهاب النطق.

وإن قطع نصف[1] لسانه فذهب ربع كلامه وبالعكس، وجب نصف الدية؛ نظرًا إلى الأكثر، فلو استأصل باقى الآخر لزمه ثلاثة أرباع الدية نظرًا إلى الأكثر أيضًا. وإن كان لا يحسن إلا عشرين حرفًا مثلا وكلامه مفهوم، فجنى عليه رجل فأذهب نطقه - لزمه دية كاملة، وإن أذهب بعض الحروف وزعت الدية على ما يحسنه، فيجب له ربع الدية، بإذهاب خمسة أحرف. وإن جنى على ناقص نظرت: فإن كان ذا جرم وله أرش مقدر حط قدر ذلك النقص من أرشه، سواء كان النقص خلقة أو بآفة أو بجناية، حتى لو قطع كفا لم يخلق لها إلا أربع أصابع حط عنه دية إصبع.

وإن لم يكن جرمًا كالنطق والسمع والبصر وسائر المعانى، أو كان جرمًا وليس له أرش مقدر كفلقة[2] لحم من أنملة ونقصت المنفعة.

فإن حصل ذلك بجناية جان، حط قدر ما وجب بالجناية، لئلا يتضاعف أرشها.

وإن كان بآفة، أو كان لنقص خلقة لم يحط شىء، واحترز بذكر النقص فى المسألتين عن الشين فإنه لا يحط لأجله شيئًا، وإن كان قد أخذ فيه أرشًا.

[وقوله فى الحاوى: ولبعض قسط الجرم، إلى قوله: وواجب جناية غير فيه أمور:

أحدها: قوله: ولبعض قسط الجرم، لا يختص ذلك بالجرم والحروف بل كل ما نقص ضبط من المعانى بحط قسطه، كما إذا جنى عليه فذهب بعض سمع أذنه أو بصر عينيه.

الثانى: قوله: وما يحسن من ثمانية وعشرين حرفًا، لم يفرق بين أن يبقى له كلام يفهم أو لا وهو وجه، بل ربما نقل عن النص، والأكثرون على أنه إذا لم يبق له كلام يفهم أنه يجب جميع الدية والنص مؤول، قال ابن الرفعة: قال الرافعى: ويمكن أن يقال: صورة النص فى البعض إذا لم يمكنه أن يأتى بالكلمة التى فيه الحرف الذاهب ولكن بقى له كلام مفهوم.

---

(١) فى أ: بعض.

(٢) فى أ: كعلقة.

الثالث: قوله: وحط نقصان جرم له دية وواجب جناية غير، عطف قوله: وواجب جناية، على قوله: نقصان جرم، فاقتضى أنه يحط واجب الجناية للشين وإن لم يحصل نقص، وليس كذلك][١].

وقوله: وتتعدد جائفة وموضحة بتعدد محل وحكم وترتب فاعل وصورة بحاجز صحيح لا إن تآكل أو رفعه، فإن قال: اندمل، فرفع وأمكن وحلف فأرشان والثالث يتوقف على يمين الرد.

أى: وتتعدد الجائفة والموضحة بالأربعة التى ذكرها:

الأول: المحل، فتتعدد بتعدد المحل، وإن اتحدت، كما إذا أوضحه فى رأسه وامتدت إلى وجهه، فهما موضحتان لكل واحدة أرش كامل؛ لاختلاف المحل، بخلاف ما إذا امتد الإيضاح من الجبهة إلى الوجنة؛ لأن الجميع من أجزاء الوجه، كما لو امتدت موضحة الناصية إلى القمحدوة[٢]، بخلاف ما إذا امتد إلى القفا وهو مؤخر العنق، فإنه يجب أرش موضحة وحكومة؛ لأنه ليس محلا للموضحة.

وكذلك إذا اختلف حكم الموضحة، حكم بالتعدد، كما إذا أوضحه خطأ ثم وسعها عمدًا، أو اقتص بموضحة فأوضح أكبر[٣] عمدا أو خطأ؛ لاختلاف حكمهما.

فيلزمه فى الأولى أرشان وفى الثانية أرش واحد؛ لما تعدى به وتتعدد بتعدد الفاعل أيضًا، وذلك إذا ترتبا بأن أوضحه واحد فوسعها غيره فإنه يلزم كل واحد منهما أرش.

بخلاف ما إذا اشتركا فيها فإنه لا يلزمهما إلا أرش واحد على الصحيح.

ويدل على ذلك قوله فى الروضة: ولو أوضحه رجلان فتآكل الحاجز بين موضحتيهما عادتا إلى واحدة، فعلى كل واحد نصف الأرش. وقد ذكر فى باب قصاص الأطراف عن البغوى ما يخالف هذا.

وإذا أوضحه الجانى عمدًا ثم وسعها الجانى عمدًا لم يلزمه إلا أرش واحد.

وتتعدد بتعدد الصور كما إذا أو أوضحه موضحتين بينهما حاجز صحيح من اللحم والجلد فإنه يلزمه أرشان، فإن تآكل الحاجز أو رفعه الجانى لم يجب إلا أرش واحد.

وتتعدد بتعدد الموضحات وإن زادت على دية النفس، وقيل: لا يجب الزائد على دية النفس، ويشترط كون الحاجز صحيح الجلد واللحم.

---

(١) ما بين المعقوفين صقط فى ط.
(٢) فى أ: القمحدة.
(٣) فى أ: أكثر.

فلو قطع لحم الحاجز دون جلده، أو جلده دون لحمه - فهى موضحة واحدة على الأصح، وإن رفع الحاجز آخر لزمه أرش والأول أرشان، ولو رفعه المجنى عليه هدر فعله ولم يسقط عن الأول شيء، وإن اشترك اثنان فى موضحتين بينهما حاجز فرفعه أحدهما فعلى الرافع نصف أرش، وعلى الآخر أرش كامل؛ لأنهما عادتا إلى واحدة فى حق الرافع دون الآخر.

وإذا رفع الجانى الحاجز ثم اختلفا، فقال: رفعته قبل الاندمال، فعلى أرش واحد، وقال المجنى عليه: بل بعد الاندمال فعليك ثلاثة - نظرت:

فإن أمكن صدق المجنى عليه بيمينه؛ لأن الجانى يدعى سقوط إحداهما والأصل بقاؤها، فيكون القول قول المجنى عليه فى ذلك.

فإذا حلف بقى الأرشان فى ذمة الجانى كما كانا، ولا يثبت الثالث بيمينه، وله تحليف الجانى إنه ما رفعه بعد الاندمال.

فإذا نكل وحلف المجنى عليه ثبت الثالث؛ لأن اليمين مع النكول كالإقرار أو كالبينة، وإليه الإشارة بقوله: والثالث يتوقف على يمين الرد.

وتتعدد الجائفة بالمحل، كما إذا أجافه فى بطنه فخرجت من ظهره، وبالفاعل بأن يوسعها آخر، وبالحكم بأن يوسعها المخطئ عمدًا، وبالصورة بأن يجيفه جائفتين بينهما حاجز صحيح.

[وقوله فى الحاوى: وتتعدد بتعدد الموضحة، إلى قوله فثلاثة - فيه أمور:

أحدها: قوله: بتعدد الموضحة محلا وفاعلاً، أطلق أنها تتعدد بتعدد الفاعل، وليس على الإطلاق بل ذلك إذا رتبا أما إذا أوضحا معا فلا يجب إلا أرش واحد على كلٍّ نصفه.

الثانى: قوله: وإن حلف إنه بعد الاندمال فأرشان، أى: وإن حلف المجنى عليه أن ذلك بعد الاندمال، فليس على الإطلاق بل ذلك إذا أمكن الاندمال، وإلا فلا يحلف بل يصدق الجانى.

الثالث: قوله: وإن صدق فثلاثة، لم يصرح بأن للمجنى عليه تحليف الجانى بعد أن يحلف وإن كان الذكى قد يفهمه من فحوى كلامه، فيحلفه إنه ما رفعه بعد الاندمال، فإن نكله لزمه أرش ثالث كما سبق بيانه][1].

وقوله: فإن سرت أو حزَّه الجانى دخل كل فى النفس لا خطأ فى عمد وبعد ردة الأقل.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: فإذا سرت الجناية إلى النفس أو عاد الجانى[١] فحزه، فإن الجميع يدخل فى دية النفس سواء كانت الأروش أكثر من دية النفس أو أقل.

وقد يجتمع فى شخص واحد بالجناية على ما دون النفس بضع وعشرون دية، كما إذا أذهب أذنيه وسمعه وبصره وأجفانه الأربعة، ومارنه وشفتيه ونطقه وأسنانه ويديه ورجليه وذكره وأنثييه وأليتيه، وعقله وشمه وصوته وذوقه ومضغه وبطشه ومشيته وإمناؤه، ولذة الطعام والجماع، وفى المرأة إذهاب الحلمتين والشفرين والإحبال والإفضاء.

وقد يضاف إلى ذلك موجبات من الشجاج والجوائف فيجتمع مال كثير، فيدخل ذلك كله فى دية النفس.

وإنما يدخل الجميع فى دية النفس إذا استووا فى الوصف، أما إذا وجبت الديات بالخطأ ثم حزه عمدًا أو بالعكس فإنه لا تداخل.

وإن حصلت السراية أو الحز بعد أن ارتد المجنى عليه، وجب الأقل؛ لأنه إن كانت الأروش أكثر لم يلزمه إلا دية النفس.

كما لو كان مسلمًا فلا يزاد بالكفر خيرًا، وإن كان دية النفس أكثر كما إذا أجافه فارتد ثم سرت إلى النفس أو حزه لم يجب إلا أرش الجائفة؛ لأن السراية والحز فى حال الردة غير مضمون.

وقوله: وإن قتل كاملاً خطأ أو ناقصًا عند رمى معصومًا كاملاً عند إصابة وموت، كأن رمى حربيًا وعبده فأسلم وعتق فلا قود، بل مائة مخمسة بنت مخاض وولدا لبون وحقة وجذعة.

أى: وتجب[٢] الدية فى قتل الخطأ المحض، مثل أن يرمى إلى شخص فيصيب إنسانًا غيره، وكذا إذا جنى عمدًا على ناقص وكان معصومًا كاملاً عند الإصابة والموت دون الرمى، فإنه لا يجب القود بل تجب الدية مخففة، كما إذا جرح عبد غيره عمدًا، فعتق العبد ثم مات فإنه لا يجب عليه إلا دية مخففة؛ لأنه لم يقصد جرح الحر عمدًا، وكذا إذا رمى إلى حربى فأسلم قبل الإصابة ثم مات، لا تجب إلا دية مخمسة كما وصف.

ويعنى بالكامل عند الموت: الحر الذكر المسلم غير الجنين عند الموت، ولا نظر إلى النقصان قبله إذا وجدت العصمة عند الإصابة.

وإنما اعتبر وقت الموت فى إيجاب الضمان؛ لأنه وقت التلف المعتبر للضمان، فإذا

(١) فى ط: الجافى.
(٢) فى ط: ولا تجب.

جرح غير معصوم كالحربى والمرتد ثم أسلم ومات فهدر كما مر، وكذلك إذا جرح عبده فعتق، [فإن أعتقه بين الرمى والإصابة فعليه ديته على المذهب كالحربى][1]، فعبد نفسه ملحق بغير المعصوم، ثم التخميس - كما ذكر -: مائة مخمسة: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وإليها الإشارة بقوله: وولدا لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة، والأصل فى ذلك حديث ابن مسعود: «أن النبى ﷺ قضى فى دية الخطأ مائة من الإبل وخمسها كذلك»[2].

وقوله: وبالشرط الدية فقط فيضمن لقعود فى شارع ضيق ماشيًا ويهدر، وبقيام أو واسع عكس، وبحفر غير ضار فى واسع لغرضه بلا إذن وجاز، وبرشه لا لله بلا سرف وبطرح قشر به، وإشراع وبإمالة بناء لا إن مال.

أى: اعلم أن هذا من المضمنات، والقتل به من الخطأ المضمون بالدية، وإن لم يكن علة للإتلاف ولا سببًا، ويسمى هذا النوع شرطًا، فالعلة هى التى تؤثر فى التلف وتحصله كالضرب بالسيف والطعن بالرمح، والسبب: هو الذى يؤثر[3] فى التلف ولا يحصله، كالإكراه وشهادة الزور، والشرط: هو الذى لا يؤثر فى التلف ولا يحصله كالحفر؛ فإن المؤثر فى التلف هو التخطى فى ذلك الصوب، والمحصل هو التردى فيه ومصادمته، ولكنه لولا الحفر لما حصل التلف؛ فلهذا سمى شرطًا.

فالأولان للقصاص مدخل فيهما ولا مدخل له فى الشرط، فإذا قعد فى الطريق الضيق رجل فتعثر به ماش ومات لزمه ديته أو بهيمة لزمه ضمانها.

ولو مات القاعد بالماشى فلا ضمان لتقصيره بالقعود فى الممر وإضراره بالمارة فيه، ولو قام فيه فتعثر به ماش أهدر الماشى.

وإن مات القائم ضمنه الماشى؛ لأن الوقوف من مرافق الطريق والحاجة ماسة إليه؛ لسماع كلام وانتظار رفيق، وإعياء. وهذا إذا لم يوجد من القائم فعل، فإن وجد كما إذا انحرف فأصاب الماشى بانحرافه فكالمتصادمين وسيأتى، وهذا كله إذا كان الطريق ضيقًا يتضرر الماشى بالقعود فيه.

وأما إذا كان شارعًا واسعًا وقعد فى طرفه، أو كان القعود فى ملكه أو موات - فالمهدر

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٨٤، ٤٥٠) وأبو داود (٤٥٤٥) وابن ماجه (٢٦٣١) والترمذى (١٣٨٦) والنسائى (٨/ ٤٣).

(٣) فى أ: لا يؤثر.

هو الماشى على كل حال، سواء كان الواقف قائمًا أو قاعدًا أو نائمًا، وعلى عاقلة الماشى دية القاعد ونحوه.

ولو حفر فى الشارع حفرًا يضر بالمارة: فإن كان الطريق ضيقًا ضمن ولم يجز له ذلك، وإن كان واسعًا فحفر فيه حفرًا لا يضر بالمارة جاز، ثم ينظر: فإن كان الحفر لله تعالى - للمصلحة العامة - كبئر للاستقاء أو لنفسه لكن بإذن الإمام - لم يضمن، وإن حفر لمصلحة نفسه بغير إذن الإمام ضمن، ولو رش الشارع لمصلحة نفسه فتزلق به إنسان أو بهيمة ضمن، وإن رشه لمصلحة عامة كدفع الغبار عن العامة فلا ضمان إلا إذا جاوز القدر المعتاد، وكذلك لو طرح فيه قشر بطيخ ونحوه، أو شىء من القمامات فتزلق به أو تعثر فيه إنسان ضمنه، سواء كان الطريق ضيقًا أو شارعا واسعًا؛ لأن الطريق لم يعد لذلك، وجوز طرحه فيه بشرط سلامة العاقبة، فإن مشى على ذلك قصدًا فلا ضمان، كما لو نزل فى بئر فسقط فيها، وبان لك جواز ذلك كله بشرط سلامة العاقبة، كإشراع الأجنحة إلى الشارع، ولو أشرع جناحًا إلى الشارع فسقط على الماشى ونحوه فأتلفه ضمن سواء أذن الإمام فى إشراعه أم لا، والفرق بينه وبين الحفر: أن لإقطاع الإمام مدخلاً فى الشوارع على الأصح لا فى الهواء.

ولو بنى جداره مائلاً إلى الشارع ضمن، وكان للمائل منه حكم الإشراع والخارج من الميزاب، فإن تلف بالمائل فقط ضمن الكل، أو به وبالمستقيم ضمن النصف، وإن بناه مستقيمًا فمال بعدُ لم يضمن على الأصح، وسواء وقع بعد الأمر بنقضه أم لا، ويجرى الخلاف فيما لو وقع فى الطريق فتعثر به إنسان؛ لأن ذلك لم يحصل بفعله ولم يتولد من مضمون.

[وقوله فى الحاوى: كأن قعد فتعثر به ماش، إلى قوله: ولغرضه دون إذن الإمام - فيه أمور:

أحدها: قوله: كأن قعد فتعثر به ماش، مقتضاه أن الحكم كذلك سواء كان الشارع ضيقًا أو واسعًا، وليس كذلك؛ فإن هذا مخصوص بما إذا كان الطريق ضيقا، أما إذا كان واسعًا فالجلوس فى طرفه مباح كما ذكر فى العزيز والروضة؛ فلا ضمان إلا على الماشى كما سبق.

الثانى: قوله: ولغرضه دون إذن الإمام أوهم بتأخيره عن قوله: كل فى شارع، أن هذا الحكم عام لا يتقيد بما يتقيد به ما قبله، وليس كذلك بل الحكم واحد.

الثالث: قوله: وجاز كالإشراع، قد يوهم أن إشراع الجناح إذا لم يضر بالمارة فى الحكم، وليس مطردًا، بل ذلك فى الجواز خاصة أما حكمهما عند إذن الإمام فمختلف فيسقط الضمان عن الحافر بإذن الإمام ولا يسقط عن المشرع بإذنه لما سبق كما ذكره فى

العزيز والروضة][1].

وقوله: وبسقوط بارز ميزابه وبكله نصفًا وبإيقاد عدوا أو بملكه فى ريح، أو أسرف كتوسيع حفر فيه.

أى: وإن انكسر الخارج من الميزاب فوقع على إنسان منه شيء فقتله أو على مال فأتلفه، فالأظهر[2] أنه يجب ضمانه كله؛ لأنه إنما جوز بشرط سلامة العاقبة كالجناح، وإن انقطع من أصله وجب نصف الضمان فقط؛ لأن ما فى البناء منه غير مضمون فيحصل التلف بمضمون وغير مضمون، ولو كان كل الميزاب بارزًا بأن كان مسمرًا، تعلق جميع الضمان بكله كتعلقه بجزئه.

وإذا أوقد نارًا فى غير ملكه ضمن، سواء أسرف أم لا، فإن كان فى ملكه ولم يجاوز المعتاد لم يضمن، سواء كان على سطح أو على الأرض، إلا إذا كان فى ريح طيرت الشرر إلى ملك غيره فإنه يضمن؛ لأنه كان كالمطيّر له إلى ملك الغير، ولو أوقد فى غير ريح فهبت بعد ذلك لم يضمن لعدم تقصيره، نعم إذا أسرف وجاوز العادة فى الإيقاد فإنه يضمن مطلقًا، ولو سقى أرضه فخرج الماء من شق أو جحر لم يعلم به لم يضمن، إلا إذا أسرف وجاوز العادة فى السقى، وإن علم به وأحكم إصلاحه لم يضمن، ومن حفر بئرًا فى ملكه فتندّى منها جدار الغير لم يضمن، إلا إذا أوسع فوق العادة فإنه يضمن.

[وقوله فى الحاوى: وأوقد فى سطح يوم ريح، فيه أمور:

أحدها: أنه قيد الضمان بالإيقاد على السطح، وليس بقيد لازم، وعبارة الروضة: وإن أوقد بملكه أو على سطحه.

الثانى: قوله: وسطح، بغير إضافة إليه يقتضى أنه إذا أوقد على سطح الغير بغير إذنه أن الضمان يتوقف على كونه فى ريح وليس كذلك.

الثالث: أن الإيقاد فوق المعتاد فى ملكه كالإيقاد فى الريح فإذا تطاير شرره إلى ملك الغير ضمن][3].

وقوله: وبأول الشرطين كحفر ونصب نصل فيه.

أى: إذا كان الفعل المضمون لا مباشرة ولا سببًا بل شرطًا، وكان هناك شرطان أو ثلاثة، كما إذا حفر بئرًا عدوانًا، ونصب آخر فيها سكينًا، فتردى فيها رجل فقتله السكين - فالدية

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى أ: الظاهر.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

تجب على عاقلة حافر البئر على الصحيح، وقيل: على عاقلة ناصب السكين، والمراد: أول الشرطين إتلافًا لا أولهما وجودًا.

ولو وضع آخر حجرًا عدوانًا عند هذه البئر المنصوب فيها السكين - مثلاً - فتعثر[١] به رجل ووقع فى المحفورة عدوانًا، أو على سكين نصبت قريبًا من الحجر عدوانًا - فالمنقول أن الضمان على ناصب السكين أو الحافر.

قال فى الروضة وأصلها: وينبغى ألا يتعلق بالحافر والناصب ضمان كما سنذكره قريبًا فى مسألة السفل إن شاء الله تعالى، قال: ويدل عليه أن المتولى قال: ولو حفر بئرًا فى ملكه ونصب غيره فيها حديدة، فوقع رجل فى البئر، فجرحته الحديدة فمات - فلا ضمان على واحد منهما.

وقوله: وهدر فعله بنفسه وعبده ومكاتبه حال إصابة

أى: إذا قتل الرجل نفسه خطأ، أو قطع يده فلا ضمان على عاقلته لورثته، خلافًا لأحمد؛ لأن الضمان إنما يجب للمقتول أولًا بدليل قضاء ديونه ووصاياه منه، فكيف يجب لنفسه على نفسه شىء؟!

وكذا جنايته على عبده، وإنما يهدر إذا كان عبده فى حال الإصابة، فإذا رمى إلى عبد غيره فانتقل إلى ملكه قبل الإصابة بشراء أو غيره، ثم أصابه بعد انتقاله إلى ملكه، أو جرح عبده، ثم أعتقه فمات بالسراية - لم يضمنه.

ولو رمى إلى عبده ثم أعتقه أو باعه قبل الإصابة ضمن، والمكاتب رقيق ما بقى عليه درهم.

وكذا المدبر والمستولدة، وقد سبق إهدار فعله بمن أذن له فى قتله، أو بمن ظنه كافرًا، إذا كان فى دار الحرب على زيهم أو فى صفهم[٢]، ومن ألقى فى نار أو ماء وأمكنه التخلص فى أول الباب.

الجناية على العبد

وقوله: فإن قطع يد عبد فعتق فمات، فللسيد الأقل من الدية ونصف قيمته، إبلاً أو نقدًا يخيره جان، فإن جرحه اثنان بعد العتق فللسيد الأقل من نصف قيمته وثلث الدية، فإن عاد

---

(١) زاد فى أ: بالحجر وطعنه السكين - فالضمان على واضع الحجر، لأنه الأول باعتبار التلف. ولو وضع رجل حجرًا بحق فعثر به رجل يحفر فى ملكه، وحفر متعد هناك بئرًا أو نصب سكينًا فتعثر.

(٢) فى أ: صفتهم.

الأول وجرح فالأقل من نصف قيمته وسدس ديته.

أى: إذا ثبت أن المعتبر فى قدر النقصان والكمال حالة الموت، فقطع رجل يد عبد غيره ثم عتق، ثم مات بسراية القطع - لزمه مائة من الإبل؛ نظرًا إلى الحرية عند الموت، للسيد منها الأقل من نصف قيمة العبد والدية؛ لأنه إن كان نصف القيمة أقل فهو الواجب بالجناية وما فضل فلورثته.

وإن كان نصف القيمة أكثر، بأن كان العبد نفيسًا - لم يجب عليه أكثر من ديته يأخذها السيد.

ثم لا يتعين فى حقه الإبل، بل الجانى بالخيار إن شاء سلم ما يخص السيد إبلًا، فإنه الذى يجب عليه فى النفس، وإن شاء سلم للسيد حصته نقدًا؛ لأن الواجب له نصف القيمة.

وليس له المطالبة بما لا يجب له، فإن سلم الإبل فليس للوارث أن يقول: أنا آخذها وأدفع الدراهم، بخلاف التركة فإن للوارث إمساكها وقضاء الغريم من ماله.

والفرق: أن حقه هنا فى عين الدية الواجبة، وليس عين التركة حق الغريم، بل يتعلق بها تعلق المرهون.

فإن(١) جرح هذا المقطوع اثنان بعد العتق، كأن قطع أحدهما يده أو أجافه جائفة، وقطع الآخر رجله أو أجافه جائفة أخرى، ومات من الجراحات الثلاث - فلا قصاص على الأول إن كان حرًّا، وعلى الآخَرَيْنِ القصاص كشريك الأب، وليس كشريك المخطئ.

والفرق: أن سقوط القصاص هنا عن الأب لعدم الكفاءة، وأما الجناية فموجبة للقصاص بخلاف جناية الخطأ.

وأما الدية فتجب موزعة على الثلاثة أثلاثًا، ولا حق للسيد فيما يجب على الآخرين، بل فيما يجب على الأول وهو الثلث؛ فيجب الأقل من ثلث الدية ونصف القيمة.

وإن كانت المسألة بحالها وعاد الجانى الأول وجرحه بعد العتق ومات بسرايات الجراحات الأربع، فالدية أثلاثًا؛ لأن النظر إلى الجارحين، لكن الثلث الذى وجب على الأول وجب بجراحتين إحداهما فى الرق والأخرى فى الحرية، فتقابل جراحة الرق سدس الدية فللسيد الأقل من نصف القيمة وسدس الدية.

ولو جرحه بعد العتق واحد فقط، ثم عاد الأول وجرحه أخرى - فالدية بينهما نصفين، لكن المقابل بجناية الرق ربع الدية، وعلى هذا القياس.

(١) فى أ: فإذا.

دية العبد والجنين

وقوله: ودية عبد قيمته، وجنين، تيقن لا حياته ولو ببدوٍّ تخطيط، حر مسلم ولو لذمية لا حربية أسلمت فأجهضت ولو بتخويف غرة رقيق مميز لا معيب وهرم يساوى خمس إبل، ثم هى، ثم قيمتها، وتورث عنه لا ما وقف له ولا عمد فيه.

أى: وإذا قتل العبد فديته قيمته للسيد كسائر الأموال إذا أتلفت، سواء كان القتل عمدًا أو خطأ، وسواء كانت قيمته أكثر من دية الحر أو أقل.

والواجب فى الجنين غرة[1] رقيق موصوف بما ذكر، قضى به رسول الله ﷺ فى جنين الهذلية[2]، فقال بعض القوم: كيف نَدِى من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا استهل، ومثل ذلك يطل؟! فقال ﷺ: «أسجعًا كسجع الكهان؟!»[3]. والغرة هى الخيار، وإنما تجب الغرة إذا تيقن وجوده، وفيه احتراز مما إذا جنى على حامل فماتت ولم ينفصل منها جنين؛ فإنا لا نوجب الغرة للشك، وكذا لو لم يمت لكن زالت الحركة من بطنها؛ لاحتمال أنها ريح انفشت.

وليس انفصاله منها شرطًا، بل لو قدت نصفين وشوهد فى بطنها، أو خرج رأسه وماتت الأم - كفى لإيجاب الغرة، وسواء خرج فى حياة الأم أو بعد موتها إذا كانت الجناية فى حال حياتها، فلو جنى عليها وهى ميتة فخرج ميتًا فالأصح أنه هدر.

ويفهم من قوله: جنين، أنها لو ألقت جنينين وجب غرتان، أما إذا تيقنت حياته بأن صاح ومات ولو قبل الانفصال فالواجب دية نفس.

فإذا خرج حيًّا سالمًا ولم يتألم ثم مات بعدُ لم يجب شىء، وإن مات عند خروجه أو بقى متألمًا[4] حتى مات وجب دية نفس، سواء بقيت فيه حياة مستقرة أم لا، وسواء خرج لستة أشهر أو لدونها، إذا وجد ما يدل على حياته كالتنفس والحركة القوية وبسط اليد وقبضها.

ولا اعتبار بمجرد الاختلاج؛ لاحتمال أنه انتشار لخروجه من المضيق[5].

---

(١) وديةُ الجنينِ الحُرّ: غُرَّةٌ - بالتنوين - عَبْدٌ أو أَمَةٌ - بدَلٌ من الغرة - وقيل: يجوزُ بالإضافةِ. وسميَتْ بذلك؛ لأنها أفضلُ ما يملكه وأنفسُهُ، وغُرَّةُ المالِ: خياره، وسمِّىَ الجنين بذلك؛ لاستتاره.

(٢) فى ط: الهديبية.

(٣) أخرجه البخارى (٦٩٠٤) ومسلم (٣٦/ ١٦٨١) عن أبى هريرة. وأخرجه البخارى (٦٩٠٥) ومسلم (٣٨/ ١٦٨٢) عن المغيرة بن شعبة.

(٤) فى أ: سالمًا.

(٥) فى أ: الضيق.

وإن قتل جنينًا خرج من أمه ولم ينفصل: فإن كانت فيه حياة مستقرة، فهو قاتل يلزمه القصاص أو الدية، سواء توقفت حياته أم لا؛ كالمريض.

وإن لم يكن فيه حياة مستقرة نظرت: فإن خرج بجناية فلا شيء على القاتل؛ لوجود من يحال عليه الهلاك، بخلاف ما لو خرج بغير جناية.

ويكفى لإيجاب الغرة إلقاء لحم تخططت فيه الصورة، وإن خفى التخطيط وشهد به أربع قوابل.

وإن لم يتخطط وقالت القوابل: لو بقى لتصور، لم يجب شيء على الأصح.

ويشترط أن يكون الجنين محكومًا بحريته وإسلامه وعصمة أمه حال الجناية، حتى لو جنى على ذمية فأسلمت بعد الجناية ثم أجهضت الجنين وجبت الغرة، بخلاف ما إذا كانت حربية لعدم العصمة حال الجناية.

وسواء كان الإجهاض بضرب أو تخويف من الإمام أو غيره؛ لما روى «أن عمر أرسل إلى امرأة ذُكِرَتْ بسوء فأجهضت ذا بطنها، [فقال على - رضى الله عنه -: عليك الدية، فقال عمر: أقسمت عليك لتفرقنها][١] فى قومك»[٢].

والغرة الواجبة رقيق عبد أو أمة يشترط فيها السلامة من العيوب التى تثبت الرد فى المبيع، بخلاف الكفارة، حيث يجزئ فيها المعيب؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة، فلا يجبر المستحق على قبول الخصى والخنثى والكافر ونحوها، فإن رضى جاز، واحترز بالمميز عن الطفل؛ لعدم استقلاله، وإن كان الطفل يجزئ عن الكفارة؛ لوجود اسم الرقبة، ومن بلغ السبع ولم يميز، لم يجبر على قبوله، ويجبر على قبول الكبير ما لم يضعفه الهرم؛ لأن الضعيف بالهرم ليس من الخيار.

ويشترط أن تبلغ قيمة هذه الغرة نصف عشر الدية، وهو خمس من الإبل، كما نص عليه عمر وزيد بن ثابت ولا مخالف لهما.

وإن لم يوجد الرقيق بهذه الصفة، تعينت الخمس من الإبل بدلاً عن الرقيق، فإن فقدت الإبل فقيمة الخمس المشروطة فى الغرة، ثم هذه الغرة تورث عنه وإن خرج ميتًا، فتأخذ أمه نصيبها بخلاف ما يوقف له من الإرث؛ فإنه إذا خرج ميتًا لا يرث ولا يورث عنه.

والفرق: أن التغليظ على الجانى بحكم الجناية حال الحياة، ثم الجناية على الجنين لا يتصور العمد المحض فيها؛ لعدم تيقن وجوده قبل الانفصال،

---

(١) بدل ما بين المعقوفين فى ط: فا ستشار رضى الله تعالى عنهما، فأشار عليه بدية، وأمر عمر عليًا فقال: عزمت عليك لتقسمنها.

(٢) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ٦٩) وعزاه لعبد الرزاق والبيهقى من طريقين.

بل قد[١] يكون خطأ محضًا بأن يقصد الضرب غير الحامل فيصيبها، وقد يكون عمد خطأ بأن يقصد ضربها بما لا يؤدى إلى الإجهاض غالبًا، فتغلظ فى عمد الخطأ الإبل إذا رجع إليها عند عدم الغرة؛ فيؤخذ حقة ونصف وجذعة ونصف وخَلِفَتان.

ولم يتعرضوا للتغليظ عند وجود الغرة، لكن الرويانى قال: ينبغى أن تجب غرة قيمتها نصف عشر الدية المغلظة. واستحسنه الرافعى والنووى، وكلٌ على العاقلة.

وقوله فى الحاوى: لوارثه لا إرثه، يشير إلى هذه المسألة، وفيه تسامح، حيث جعله إرثه، وأنه لا يورث عنه، وهو فى هذه الحالة لا يرث، وإنما يعنى ما وقف له.

وقوله: ولو مات عن أخ وزوجة حبلى، وعبد بعشرين فأجهضها ولم يفد، والغرة بستين، انعكس ملكاهما.

أى: إذا خلف ميت زوجة حبلى، وخلف أخًا لأبوين أو لأب مثلاً، وخلف عبدًا قيمته عشرون دينارًا مثلاً، فجنى العبد على الزوجة فألقت جنينًا ميتًا، فخرج الجنين عن أن يكون وارثًا، وهكذا فى الحاوى، انتهى.

وذكر هذه المسألة فى الروضة[٢]، ولم يذكر قيمة العبد، لكن قوم الغرة بستين، وذكر أنه يذهب الثلثان بالثلثين، والربع بالربع، وأنه يبقى للأم نصف سدس، فقال بعضهم: لا يمكن الجمع بين الكلامين، وصورة الجمع بينهما أن تقول: صاحب الروضة فرضها فى غرة وعبد متساويى القيمة، وسأوضح ذلك إن شاء الله تعالى، فلنبدأ شرح المسألة فنقول: لما مات وهى حبلى وقف الميراث، فلما ألقته ميتا بان أنه غير وارث، وأن للزوجة ربع العبد وثلاثة أرباعه للعم.

وقد تعلق به غرة وهى تورث عن الجنين، للأم منها الثلث، وللعم الثلثان، فيتعلق بكل ربع من العبد ربع من الغرة مشاعًا، فملكه من العبد ثلاثة أرباعه، جنت على ثلاثة أرباع نصيبه وثلاثة أرباع نصيبها من الغرة.

والربع الذى للأم جنى على ربع النصيبين، فتسقط ثلاثة أرباع نصيب العم وربع نصيب الأم بجناية ملكهما على ملكهما.

وما وقع على ملك الآخر تعلق بملك صاحبه، فإذا استوت قيمة العبد والغرة وكانت قيمة كل ستين، فنصيبه من الغرة أربعون ونصيبها عشرون.

قال فى الروضة: فيذهب الثلثان بالثلثين، يعنى: أن جناية ثلثى العبد الذى ملكه ثلاثة أرباعه يذهب بالأربعين كلها التى له من الغرة، ثلاثون منها بجناية ملكه والعشرة الباقية

---

(١) فى أ: ثم قد.
(٢) ثبتت هذه المسألة فى أ مع اختلاف فى بعض ألفاظها.

متعلقة بملك الأم، وهى تذهب بالتقاص كما سيأتى.

وقال أيضًا: إن الربع يذهب بالربع فيسقط عليها بجناية ملكها خمسة عشر وهى ربع الغرة، خمسة منها تسقط؛ لأنها جناية ملكها على ملكها، وعشرة جناية ملكها على ملكه.

وقد بينا أن ملكه جنى على ثلاثة أرباع نصيبها وهى خمسة عشر، تقاصه منها بعشرة يبقى لها خمسة وهى نصف سدس الغرة متعلقة بملكه كما قال فى الروضة: فقد علمت أن الباقى بعد ما أتلفه ملكاهما، عشرة له وخمسة عشر لها، وفيهما يحصل التقاص. وهذا يطرد ما لم تنقص قيمة العبد عن ثلثى الغرة.

وإذا كانت قيمة العبد خمسين أو أربعين، فقيمة الربع الذى لها يقوم بعشرة التى له، فتقاصه بها يبقى لها خمسة، فإذا نقصت قيمة العبد عن الأربعين لم يذهب عليها الربع كاملاً، كما إذا كانت قيمته ثلاثين فقيمة ربع العبد سبعة ونصف، ليس للعم تعلق بغيرهما فتقاصه بسبعة ونصف فلا يذهب عليها من الربع الذى هو خمسة عشر إلا اثنا عشر ونصف خمسة فى مقابلة ملكها، وسبعة ونصف، فالتقاص تبقى لها سبعة ونصف متعلقة بملك العم.

فإذا كانت قيمته - أعنى العبد - عشرين، فالربع الذى لها خمسة لا يتعلق بغيرهما، وملكه خمسة عشر بقى بالذى لها، فإن لم يفد كل منهما نصيبه بل سلمه، انعكس ملكاهما وصار لها ثلاثة أرباعه وللعم الربع.

وقوله: وبإلقاء بدنين غرتان ورأسين أو يد أو أربع غرة بأرش وجب للأم.

أى: فإذا جنى عليها فألقت بدنين بلا رأس ولا يد وجبت غرتان؛ لأنه دليل على جنينين، وإن ألقت يدًا واحدة لزمته الغرة؛ لأنه لا يكون إلا وثم جنين، سواء ألقت باقيه أم لا، وسواء عاشت أو ماتت، وكذا لو ألقته ميتًا كامل الأطراف؛ لاحتمال أنها زائدة.

هذا الذى جزم به فى الروضة ونقله عن الغزالى، ونقله عن التتمة والتهذيب أنه لو انفصل كامل الأطراف ميتًا وجبت غرة أخرى. وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم تجب إلا غرة؛ لاحتمال أن الثانى عضو زائد فلا تجب الغرة الثانية بالشك؛ فقد نقل عن الشافعى - رحمه الله تعالى - أنه سمع بمن لها رأسان فأراد رؤيتها ليعلم ذلك مشاهدة، فتزوجها ثم طلقها.

ثم الجناية التى أوجبت إلقاء الجنين إذا كان لها أرش، إما مقدر، أو ما تقتضيه الحكومة، فإنه يجب للأم ولا يدخل فى الغرة، فإن لم يجب لها أرش أصلاً[1]، كما إذا

(١) فى أ: أم لا.

ضربها بعصا فتألمت بالضرب وأجهضت فلا شيء لها بسبب الألم، وإن حصل بها شين وجب أرشه كما لو لم تجهض.

وقوله: ولكافر بنسبة ديته، ولرقيق عُشر قيمة أمه الأكثر من الجناية إلى الإجهاض وتفرض مسلمة كهو سليمة لا إن نقصًا رقيقة.

أي: إذا كان الجنين غير حربى يهوديًا أو نصرانيًا أو مجوسيًا أو مستأمنًا، وجب فيه غرة تساوى بعيرًا [عشر دية أمه ففى جنين اليهودى والنصرانى غرة تساوى بعيرًا][(١)] وثلثى[(٢)] بعير، وفى المجوسى غرة تساوى ثلث بعير، فإن لم يوجد أخرج ثلث البعير.

وقد سبق فى الديات أن المتولد بين كافرين له دية خيرهما، فعلم بما قلناه أن الجنين كذلك.

وإذا جنى عليها فأجهضت جنينًا رقيقًا، وجب فيه عشر قيمة أمه اعتبارًا بالغرة، فإنه يجب أن تكون بعشر دية الأم.

وكذلك استوى فى ضمان الجنين الذكر والأنثى.

ولو ألقت جنينًا ميتًا فعتقت، ثم ألقت جنينا آخر وجب فى الأول عشر قيمة أمه وفى الثانى الغرة.

وتعتبر قيمة الأم يوم الجناية؛ لأنه وقت الوجوب حتى لو زادت القيمة أو نقصت بعد الجناية لم يؤثر؛ لأنا قطعنا النظر فيها عن غير يوم الوجوب.

وقال القونوى: إذا زادت القيمة بعد الجناية، اعتبرت تلك الزيادة.

ونقل عن الرافعى أنه قال: وحقيقة هذا الوجه النظر إلى أكثر القيم؛ قال وكذلك قال النووى فى أصل الروضة: الأصح المنصوص تعتبر القيمة أكثر ما كانت من يوم الجناية إلى الإجهاض. انتهى.

وهذا النقل لم أجده فى الروضة فى بابه، بل قال: وفى القيمة المعتبرة وجهان: أحدهما: يوم الإجهاض؛ لأنه وقت استقرار الجناية، وأصحهما وهو المنصوص عليه: أنه تعتبر قيمتها[(٣)] يوم الجناية، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق؛ لأنه وقت الوجوب، ولم يزد على هذا.

وإذا كانت الأم كافرة والجنين محكوم بإسلامه، فرضناها مسلمة مثله لتزداد قيمتها،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: أو ثلثى.
(٣) فى أ: قيمة.

وإذا كان رقيقًا وهى حرة - ويتصور فيما إذا كانت الأم لواحد والجنين لآخر، فأعتقها سيدها فإنا نفرضها حين التقويم رقيقة، وإذا كانت الأم معيبة فرضناها سليمة من العيوب.

[وقوله فى الحاوى: وللرقيق عشر قيمة الأم، إلى قوله: ودخل أرش ألم الأم لا الشين - فيه أمور:

أحدها: قوله: تفرض سليمة ومسلمة ورقيقة كهو، بعد قوله: سليمة؛ لأن الأصح أنها إذا كانت مقطوعة أنا نفرضها سليمة سواء خرج الجنين سليمًا أو مقطوعًا. قال القمولى فى الجواهر: قال الإمام والذى أراه انقطع بالإعراض هنا عن تقدير خلقة الجنين.

الثانى: أنه لا يحتاج إلى قوله كهو أيضًا بعد قوله: رقيقة؛ لأن المسلمة مفروضة فى الرقيق فيكفيه أن يقول: رقيقة، وتشبيهها به لا يفيد زيادة فى الحكم، وإنما يحتاج إليه بعد قوله: مسلمة؛ لأنها قد تكون غير مسلمة فاشترط إذا كان مسلمًا أن نفرض مسلمة مثله؛ لأن قيمتها بالإسلام أكثر.

الثالث: قوله: لا عكسه، لا حاجة إليه؛ لأن نفى عكسه ألا تفرض معيبة إذا كانت سليمة والجنين معيب، وقد علمنا حكم ذلك مما ذكره أولا من وجوب الغرة أو عشر قيمة الأم بإلقاء بدن بلا رأس، وألا تفرض كافرة حين تكون مسلمة والجنين كافر، وهذا محال لا يتصور، وألا تفرض حرة إذا كان حرًا وهى رقيقة، وهذا لا أثر له لأن الحر لا يجب فيه عشر القيمة أمه بل تجب فيه غرة.

الرابع: قوله: ودخل أرش ألم الأم لا الشين فيه، أوهم أن للأم أرشًا يدخل فى الواجب بالإجهاض وليس كذلك، بل كان أرش وجب بالجناية فهو واجب للأم مع وجوب الغرة لورثة الجنين، وأما الألم المجرد من الشين والجرح فلا أرش فيه أصلا فهو لاغ إلا ما يرى فيه الإمام من التعزير][1].

وقوله: وتؤخذ كل سَنَة من موت ولجراحة اندملت كسراية منهما قدر ثلث المائة لكل قتيل، ممن فضل عن حاجته عشرون دينارًا آخرها نصف أو حصة أقل ودونها ربع من عصبة النكاح من فعل إلى تلف بترتيبهم، ومع فسق لا الجانى، وبعضه وبعض معتق وكشخص لمعتقون كإنكاح وأحد عصبة كل كهو.

أى: الدية الواجبة فى جميع ما ذكرناه تجب على العاقلة، إلا فيما هى فيه بدل عن القصاص، أو تشبه البدل، كما إذا سقط القصاص عن الوالد ونحوه بالأفضلية؛ فإنها تجب فى مال الجانى معجلة مغلظة كما سبق.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وما وجب على العاقلة يؤخذ آخر كل سنة قدر ثلث المائة، وابتداء السنة من حين موت المجنى عليه، سواء قتل بجراحة مذففة أو بسراية؛ لأن الدية مال يحل بانقضاء الأجل، فيكون ابتداء أجله وقت الوجوب كسائر الديون المؤجلة. وابتداء المدة فيما يجب فى الجروح من حين الجرح لا الاندمال؛ لأنه يجب بالجرح ويستقر بالاندمال فلا يطالب بها إلا بعد الاندمال، وإن كان ابتداء المدة من الجرح والسراية. وابتداء المدة فى السراية إلى العضو من حين السراية.

فإذا قطع إصبعه فسرت إلى الكف، فابتداء السنة من حين سقوط الكف، والمراد ثلث المائة الواجبة مثلثة كانت أو مخمسة.

وإنما قال: قدر ثلث المائة؛ لأن النظر فى الأجل إلى قدر الواجب لا إلى بدل النفس. وفيه خلاف تظهر فائدته فى دية المرأة، فمن نظر إلى بدل النفس، أجلها فى ثلاث سنين، ومن نظر إلى قدر الواجب أجلها فى سنتين.

وكذلك قيمة العبد إذا قتل وكانت قدر مائتين من الإبل، فإنها تؤجل فى ست سنين على الأصح، وعلى الآخر تؤجل فى ثلاث سنين، وقس عليه سائر الديات الناقصة والزائدة وديات الأطراف.

ولو قتل رجل ثلاثة مثلاً خطأ أو عمد خطأ، وجب على عاقلته ثلاث ديات لكل شخص منهم ثلث مائة كل سنة، فيجعل عليهم كل سنة مائة فى هذه الصورة.

ولو قتله ثلاثة وجب على عاقلة كل واحد ثلث دية يسلمونها له فى ثلاث سنين بالحصة؛ لأنا قد بينا أنه يجب لكل قتيل ثلث المائة كل سنة، وهذا شخص فلا تؤخذ ديته إلا فى ثلاث سنين.

ولا يؤخذ من فقير بل من موسر ومتوسط. والموسر هو من يفضل له عن حاجته من مسكن وثياب وسائر ما لا يكلف بيعه فى الكفارة لشراء الرقبة - عشرون دينارًا فما فوق ذلك، فيؤخذ منه نصف دينار، ويؤخذ من المتوسط ربع دينار وهو الذى يملك فوق ما يحتاج إليه شيئًا دون ما يصير به موسرًا بحيث يبقى له شىء بعد تسليم الواجب عليه؛ لئلا يرجع بأخذه منه إلى حد الفقير[1].

ويوزع على العاقلة وسيأتى بيان ترتيبهم. فإذا لم يف التوزيع عليهم بواجب السنة لقلتهم أو لكثرة الواجب، أخذ الباقى من بيت المال.

---

(١) فى أ: الفقر.

والعبرة بالغناء أو الفقر[١] آخر السنة الذى هو وقت الوجوب.

ولا أثر لليسار ولا للإعسار قبله ولا بعده، فإن أيسر آخر السنة ولم يؤد ثم أعسر، ثبت دينا فى ذمته.

قال الرافعى: ويشبه أن يكون المرعى فى إيجاب الربع والنصف مقدارهما لا الدنانير بأعيانها؛ لأن الإبل هى التى تجب فى الدية وما يوجد يصرف إليها.

وإذا كان الواجب قليلاً كما لو كانت الحكومة دينارًا مثلاً وكثر أهل درجة القرب فى العاقلة - فلا يخص أحد منهم دون أحد بل يوزع عليهم.

وإنما يؤخذ من عصبة النكاح فلا يتحمل إلا من يصلح أن يكون وليا لنكاح الجانى لو فرض امرأة، وسموا عاقلة؛ لأنهم كانوا يعقلون الإبل بفناء مستحق الدية.

وقيل: لأنهم كانوا يمنعون عن القاتل، والعقل: المنع؛ ومنه يسمى العقل لمنعه من الفواحش. ولا يتحمل إلا مكلف كما لا يلى النكاح إلا مكلف.

فلا يضرب على صبى ولا مجنون ولا معتوه[٢] وإن أيسروا، ولا على أنثى؛ لأنها لا تلى، ولا خنثى فلو بان ذكرا وقد سلم عنه فالأصح أنه يغرم حصته. ولا يتحمل المسلمون عن ذمى، ولا بالعكس؛ لعدم الموالاة والموارثة، ولا الرقيق لعدم الولاية والملك، ولا المكاتب؛ لأنه ليس أهلاً للمواساة.

ويعقل الكبير والمريض والهرم والأعمى كما لا يمنع ذلك من ولاية النكاح، ويشترط أن تكون صفة الولاية من الفعل إلى الفوات، فلو جنى وفى عاقلته صبى أو كافر أو رقيق ثم كمل قبل الموت، لم يؤخذ منه شىء.

ولا يشترط أن يكون من أهل المناصرة فى جميع الحول، فإن كان فقيرًا ثم استغنى فى آخر الحول طولب؛ لأنه من أهل المناصرة.

وأما الفاسق فيعقل وإن لم يل النكاح؛ لأنه من أهل المناصرة ولهذا استثناه.

ولا بد فى ضرب الدية من مراعاة ترتيب العصبة الأقرب فالأقرب كما فى النكاح والإرث، حتى ينتهى إلى آخر العاقلة.

وليس هذا كالإرث؛ لأن الإرث غير مقدر وهذا مقدر، فإذا زاد جعلنا الأقربين فى حق الزائد كالمعدومين، فيقدم الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم ثم أعمام الأب ثم بنوهم ثم أعمام الجد ثم بنوهم ثم المعتق ثم عصباته ثم معتق المعتق كالإرث.

---

(١) فى أ: بالغنى والفقر.

(٢) فى أ: ومجنون ومعتوه.

ولا يتحمل الزوج إذا لم يكن عصبة أصلاً، ولا ذوو الأرحام.

وقال فى التتمة: إلا على طريقة من يرى توريثهم، ولا يتحمل الجانى ولا بعضه وهم فروعه وأصوله كالأب والجد وإن علا والابن وابنه وإن سفل؛ لأن مال الأبعاض كمال الجانى بدليل وجوب النفقة. فإذا لم يتحمل الجانى لم تتحمل أبعاضه.

وفى حديث أبى هريرة - رضى الله تعالى عنه - أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى، ولكل واحدة زوج وولد، فقضى رسول الله ﷺ بدية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ الزوج والولد، ثم ماتت القاتلة، فجعل النبى ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة[(١)].

وفهمت من إخراج بعض الجانى أن البعض لا يتحمل.

ولو كان ابن ابن عم يلى النكاح، ففى الحديث أن رجلاً أتى النبى ﷺ ومعه ابنه، فسأل عنه فقال: ابنى. [فقال ﷺ][(٢)]: «أما إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه»[(٣)]، قال الأئمة: ليس المراد هى نفس الجناية، وإنما المعنى: لا يلزمه من جنايتك ولا يلزمك من جنايته.

ويتحمل المعتق ولا يتحمل ولده؛ لحديث عمر: أنه قضى على على - رضى الله تعالى عنهما - أن يعقل عن مولى صفية بنت عبد المطلب، وقضى بالميراث لابنها الزبير بن العوام، ولم يضرب عليه الدية وضربها على على - رضى الله تعالى عنهم - لأنه ابن أخيها[(٤)]. ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة.

وإن أعتقه ثلاثة مثلاً تحملوا عنه تحمل شخص واحد بقدر ما لكل منهم من الولاء، حصة الغنى منهم ثلث نصف الدينار، والمتوسط ثلث ربع دينار، [وكل واحد من عصبة كل واحد يتحمل مثل ما يتحمل المعتق فيكون؛ كل واحد من عصبة كل الموسر ثلث نصف الدينار والمتوسط ثلث ربعه، وإن كان المعتق واحدًا كان عليه كل سنة نصف دينار وربع دينار][(٥)]. وعلى كل واحد من العصبة مثل ما عليه.

ونقل الإمام والغزالى: أنه لا يضرب على عصبات المعتق فى حياته؛ إذ لا حق لهم فى الولاء.

واعلم أن الولاء يتوزع على الشركاء فيوزع عليهم القدر المتحمل من النصف والربع.

---

(١) حديث أبى هريرة روى بغير هذا اللفظ وأصله فى الصحيحين وقد تقدم تخريجه، وهذا السياق روى من حديث جابر أخرجه أبو داود (٤٥٧٥) وابن ماجه (٢٦٤٨).

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٣٤٤، ٣٤٥، ٥/ ٨١) وابن ماجه (٢٦٧١).

(٤) أخرجه البيهقى (٨/ ١٠٧) وهو منقطع.

(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ولا يتوزع الولاء على عصبات المعتق؛ لأنهم لا يرثون الولاء، بل يرثون به كالنسب.

وحكم العصبة فى النكاح كحكمهم فى التحمل، فإذا كان المعتق واحدًا كانت الولاية له.

فإذا مات فمن حضر من عصبته انفرد بالنكاح، كما فى النسب. فإذا كان المعتق جماعة كانت الولاية لجميعهم؛ فلا بد أن يزوجها الجميع أو يوكلوا.

ثم الحكم كذلك فى عصباتهم، لا بد من اجتماعهم من عصبة كل واحد، فلو مات أحد المعتقين وخلف ابنين فزوج أحدهما والشريك كفى، لا إن زوجاها دونه أو هو وحده.

وقوله: وتحمل ذمى لا حربى عن ذمى ثم بيت المال عن مسلم ثم الجانى، وخص بما كذب فيه أو وجب بعد عتق أو جرّ ولاء أو إسلام أو ردة كسراية بسابق. فلو قطع عبد يد حر فمات وقد أعتق، لزمه نصف ديته وسيده الأقل منه وقيمته.

أى: ويحمل الذمى دية الذمى وإن اختلفت أديانهم؛ لأن الكفر كله ملة واحدة.

وكذلك يرث بعضهم بعضًا، كالمعاهد يرث الذمى ويتحمل عنه الدية بخلاف الحربى.

وإذا لم يكن للمسلم عاقلة أو كانوا معسرين أو لم يف التوزيع، فالمرجع إلى بيت المال، فيدى الجميع أو يوفى ما نقص.

ولا يتحمل بيت المال عن الذمى ونحوه؛ لأن بيت المال يرث المسلم.

ولا يرث الكافر بل يكون ماله فيئًا، فيلزم الجانى الذمى دية جنايته، حيث لا عاقلة له والمرتد لا عاقلة له فتجب الدية فى ماله.

ففهمت من حصر جهة التحمل فيما ذكر: أن العتيق لا يتحمل عن معتقه، ولا الحليف، ولا العديد الذى لا عشيرة له، ويعد من قوم وليس منهم. ولا أهل الديوان بعضهم عن بعض. فإن تعذر بيت المال يتحمل الجانى، وتكون الدية عليه هنا مؤجلة كما كانت على العاقلة بخلاف ما لزمه من بدل القصاص.

ولا يؤخذ من أصوله وفروعه شىء؛ لأنه الأصل فى الوجوب، ويؤخذ آخر السنة الثلث كله، وإن كان لا يؤخذ من الواحد من العاقلة إلا نصف أو ربع.

وإذا مات واحد من العاقلة فى أثناء السنة حلت عليه كسائر الديون المؤجلة، بخلاف ما إذا مات واحد من العاقلة فى أثناء السنة فإنه لا يلزمه شىء؛ لأن المأخوذ منه كالمواساة، والمأخوذ من الجانى دفعًا لتعطيل الحق.

ولا يتعلق الوجوب بالعاقلة إلا آخر الحول، فإن أعسروا فبيت المال أو الجانى.

والجزية لا تسقط بالإعسار؛ لأنها أجرة الدار.

وإذا أقر الجانى بجناية خطأ أو شبه عمد وكذبته العاقلة وحلفت، اختص الجانى بتسليم

الدية دونها ودون بيت المال؛ لقوله ﷺ «لا تحمل العاقلة عمدًا ولا اعترافًا»[١].

فإن صدقوه بعد التسليم رجع عليهم على قولنا: إنها تجب عليه أولًا ثم تتحملها عنه، وعلى القول الآخر يردها إليه الولى ثم يطالبهم، وكذلك يختص الجانى بكل أرش وجب بعد العتق كما بسبب سابق على العتق، كما إذا حفر العبد بئرًا عدوانًا ثم عتق ثم تردى فيها واحد؛ فإنه يختص بالضمان دون سيده وعاقلة العتيق، وكسراية الجرح السابق للعتق وكجر الولاء ونحوه.

فإذا قطع عبد يد إنسان، ثم أعتقه سيده، ثم مات المقطوع بالسراية - كان على الجانى نصف الدية؛ لأنه تلف حدث بعد العتق بجناية كانت فى الرق، فلا يمكن إيجابها على السيد بطريق الملك وقد زال ملكه، ولا بطريق الولاء لوقوع الجناية فى الرق، ولا على بيت المال؛ لأن الولاء موجود. ويجب على السيد الأقل من قيمته ونصف ديته؛ لأنه بإعتاقه كالمختار للفداء.

وهذه المسألة أتى بها فى الكتاب كالمثال، وكما إذا قطع متولد من عتيقه ورقيق يد إنسان ثم عتق الأب وانجر الولاء إلى المعتق، ثم مات المقطوع بالسراية فأرش اليد يلزم مولى الأم.

وما وجب بالسراية يجب على الجانى؛ لأنه لا يمكن إيجابه على معتق الأم؛ لخروجه حالة السراية عن كونه مولى له.

ولا يجب على معتق الأب؛ لأنه وجب بجناية قبل انجرار الولاء إليه.

ويلحق بذلك ما إذا حفر بئرًا ثم انجر[٢] ولاؤه فتردى فيها رجل؛ فإن الدية كلها تختص به، ولا يمكن إيجابه على غيره لما سبق.

وكذلك لو قطع ذمى يد إنسان ثم أسلم فسرى إلى النفس، فأرش القطع على عاقلته المسلمين، [وعليه الباقى وكذا لو قطع مسلم يد إنسان ثم ارتد القاطع فسرى القطع إلى النفس، فأرش القطع على عاقلته المسلمين][٣] وأرش السراية[٤] فى ماله.

وإن جنى وهو مرتد، ثم مات المجنى عليه، فالدية فى ماله - سواء عاد إلى الإسلام

---

(١) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/٦١) ونقل عن الرافعى قوله: - هذا الحديث تكلموا فى ثبوته، وقال ابن الصباغ لم يثبت متصلا وإنما هو موقوف على ابن عباس. قلت: وله ألفاظ أخرى فانظرها فى التلخيص.

(٢) فى ط: انجره.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٤) فى أ: الجناية.

قبل السراية إلى النفس أو بعدها - لأن المرتد لا عاقلة له فقد انقطعت الوصلة بينهم بالردة.

[وقوله في الحاوى: وأرش تلف السابق ما زاد بعد جر الولاء... القونوى: قوله: ما زاد، بدل من قوله: أرش.

قلت: فيلزم أن يختص هذا الحكم بالبدل وهو ما زاد، كما خصص الحكم بالبدل فى قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] فيرد عليه ما إذا حفر بئرًا عدوانا أو أشرع العتيق إلى الشارع جناحًا أو أخرج ميزابًا قبل العتق أو انجرار الولاء، ثم هلك به إنسان بعد انجرار الولاء، فإن الواجب عليه هنا كل الأرش، ولا يتصور هنا أن يقال ما زاد، فلو قال: ما وجب بعد، لكان أولى][1].

تغليظ الدية

وقوله: ومثلثة فى حَرَامى شهور ومكة رميًا أو إصابة، وفى ذى رحم محرم، وشبه عمد كأن أكره أن يصعد فزلق، أو صاح على نحو نائم وصبى غير ثبت فجن أو ارتعد فخر من علو وبه على غير خففت، أو علَّم صبيًّا سباحة فغرق وهدر موضوع بمسبعة.

أى: وتغلظ دية الخطأ على العاقلة بالتثليث بأربعة أسباب:

الأول[2]: أن يقع القتل فى شهر حرام. والأشهر الحرم أربعة: وهى ذو القعدة، وذو الحجة، والمحرم ورجب. ثلاثة سرد وواحد فرد، قال الله تعالى: ﴿مِنْهَآ أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ﴾ [التوبة: ٣٦] وإنما غلظت فيها لحرمتها، ولما ورد فيه من الآثار عن عمر وعثمان وابن عباس[3]، رضى الله عنهم.

الثانى: أن يقع القتل فى البلد الحرام وهو حرم مكة خاصة، سواء كان الرمى والإصابة فيهما جميعًا أو أحدهما.

ولا يغلظ بالقتل فى حرم المدينة، ولا فى الإحرام بالحج والعمرة، كما لا يغلظ بالقتل فى رمضان.

الثالث: ذو الرحم المحرم، ففى قتله خطأ مائة مثلثة، فيخرج بقيد ذى الرحم المحرم بالمصاهرة، والرضاع فإنه لا يلحق بمحرمية النسب فى التغليظ.

ويخرج بالمحرم الرحم غير المحرم، فلا يغلظ بقتل ابن العم كما يغلظ بقتل العم.

الرابع: شبه العمد ويسمى عمد الخطأ؛ لحديث ابن عمر - رضى الله تعالى عنهما -

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: أحدها.
(٣) أخرج هذه الآثار البيهقى فى المعرفة (٦/ ١٩٧-١٩٨).

مرفوعًا: «ألا إن فى قتل عمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل مغلظة، أربعون خلفة فى بطونها أولادها . . .»(١) الحديث.

واعلم أن عمد الخطأ، هو أن يقصد الفعل والشخص معًا بما لا يهلك غالبًا، والخطأ المحض أن يقصد الفعل دون الشخص كما لو رمى صيدًا أو شخصًا بعصا فأصاب غيره، أو لا يقصد شيئًا كمن زلق فسقط على غيره فقتله. فمن ضرب شخصًا بعصا أو لكمه أو لطمه عمدًا فمات، فعمد خطأ؛ لأنه لم يقصده بما يقتل غالبًا وقد مثل بقوله: «كأن أكره على صعود شجرة فزلق». وكذلك إذا أكره على نزول بئر ونحوه فزلقت رجله فهلك لم يجب القصاص؛ لأن هذا لا يقصد به الهلاك. وكذا إذا صاح على غير ثبت كالصبى غير المراهق والنائم والمرأة الضعيفة فزال عقله فى الحال، أو كان على طرف سطح أو بئر أو نهر فارتعد فسقط فمات - فإنه تجب الدية مغلظة على عاقلة الصائح؛ لأن الصغير كثيرًا ما يتأثر ويضطرب بالصيحة الشديدة، والمجنون والمعتوه كالصبى.

ولو صاح على بالغ أو مراهق فمات أو جن لم يضمن، وكذا لو كان الصغير على الأرض فارتعد ومات لم يضمن؛ لأن الموت بمجرد الصيحة فى غاية البعد.

ولو صاح على غير طفل فارتعد الطفل وسقط من علو فمات أو جن، فالدية مخففة للخطأ المحض.

[ولو علم الولىُّ الصبىَّ السباحة إما بأن سلمه لسباح يعلمه إياها أو علمه هو بنفسه فغرق فالدية شبه عمد؛ لأنه لا يغرق إلا بقلة تحفظ لمعلم وإهماله. انتهى](٢).

ولو وضع صبيًّا فى مسبعة أو رجلاً مكتوفًا، لم يجب ضمانه على الأصح؛ لأن الوضع ليس بإهلاك ولا إلجاء السبع إلى قتله، بل الغالب أن السبع يفر من الآدمى.

[وقوله فى الحاوى: ولذى رحم وقوله قبلُ: أو صاح على طفل - فيه أمور:

أحدها: أنه اقتصر على ذى الرحم ولا تغليظ إلا بذى الرحم المحرم.

قال القونوى: وعدم تعرض المصنف لقيد المحرمية يوهم التغليظ بقتل القريب وإن كان غير محرم، والصحيح خلافه.

الثانى: قوله: أو صاح على طفل، اقتصر على الطفل ولا يختص بذلك، بل الصبى

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١١، ٣٦) وأبو داود (٤٥٤٩) وله شاهد من حديث عبد الله بن عمرو، ومن رواه عن عبد الله بن عمر فقد وهم. أخرجه أبو داود (٤٥٤٧)، (٤٥٨٨)، (٤٥٨٩) والنسائى (٨/ ٤٠، ٤١) وابن ماجه (٢٦٢٧).

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإن كان مميزًا داخل فى هذا الحكم إلا المراهق الثبت، وكالصبى أيضًا المجنون والمعتوه والنائم والمرأة الضعيفة كما ذكره فى العزيز والروضة.

الثالث: أنه خص الضمان بما إذا صاح على الطفل، وسكت بما إذا صاح على صبى فجن الصبى أو ارتعد فسقط من علو، فأوهم أنه لا ضمان فيه كما اعترض عليه به القونوى، والضمان بذلك واجب لكنه يكون فيه الدية مخمسة.

الرابع: أنه عدّ هذه المسألة ومسألة تعليم السباحة مع التفويت بالشرط كالصعود فى الشارع وطرح القشر فيه والحفر وسقوط بارز الميزاب، والدية فى جميع ذلك تجب مخمسة غير مغلظة، والدية فى هاتين المسألتين مغلظة كما هو المعروف فى المذهب][(١)].

وقوله: وبدون جائفة وموضحة الأكثر من حكومة وقِسْط إن أمكن، وإلا فحكومة كغير كترقوة وضِلع ودرة ثدى وحلمة رجل وذكر أشل ولسان أخرس وسن غير ذهب لا تُودى أو تغيرت ويد زائدة وتعرف بانحراف لا وهى أقوى، وبنقص إصبع وبطش.

أى: وعلى الملتزم بما دون الجائفة والموضحة الأكثر من حكومة وقسط إن أمكن، شرع فى بيان ما تجب فيه الحكومة.

فإن جرحه جرحًا فى موضع الموضحة أو الجائفة وأمكن تقديره بأن كان بجنبه موضحة أو جائفة وأمكن التقسيط بالعود، فالواجب أكثر الأمرين من القسط أو الحكومة.

وإن لم يمكن فالواجب الحكومة كغير ما سبق ذكره، والذى سبق ذكره الجنايات الموجبة للقصاص أو الضمان بمال مقدر، فالواجب فى غير ما سبق الحكومة نحو الترقوة، وهى العظم المتصل من المنكب إلى ثغرة النحر، وهما ترقوتان سواء كسرهما أو قلعهما فليس فيهما إلا الحكومة. وروى أن عمر - رضى الله تعالى عنه - أوجب فى الترقوة جملًا، فحمله الأصحاب على أن ذلك كان بمقتضى الحكومة. وكذلك الضلع فيه الحكومة، وفى درة الثدى الحكومة، فإذا جنى على امرأة فأذهب قوة الإرضاع فليس إلا الحكومة، وفى حلمة ثدى الرجل حكومة لأنها جمال بلا منفعة.

وفى الذكر الأشل حكومة وهو الذى ينقبض ولا ينبسط. وفى لسان الأخرس حكومة، هذا إذا لم يذهب الذوق بقطعها أو كان فاقد الذوق. وأما إذا قطعها فذهب ذوقه فإن الدية تجب وتجب الحكومة.

وفى قلع سن لا يجب فيها أرش مقدر كسن الصبى الذى لم يثغر إذا نبتت وحصل

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

شين، وإلا فعلى ما يأتى فيما لا يؤثر شيئًا.

وكذا إذا نبتت غير مسامتة، أو قلعها وهى زائدة. ولا حكومة فى سن ذهب وإن ثبتت وتشبث اللحم بها، لكن يعزر للإيذاء.

وإذا ضرب سن رجل فاخضرت أو اسودت فالحكومة.

وفى اليد الزائدة الحكومة. وتعرف زيادتها بانحرافها عن سمت اليد، فإذا كان على عضد إنسان أو ساعده يدان إحداهما منحرفة فهى الزائدة، إلا إذا كانت أقوى بطشًا فإنها الأصلية؛ لأن اليد تراد للبطش. وتعرف أيضًا بنقصان إصبع، فإن كانت الناقصة هى المستوية ففيه احتمال للإمام، وتعرف أيضًا بنقص البطش مع استوائهما.

الحكومة

وقوله: وهى جزء من الدية بنسبة نقص قيمة بعد اندمال وقَبْله إن لم تنقص بفرضه عبدًا، ونقص باجتهاد إن ساوت دية عضوه أو متبوعه، واندرج فيه كقصبة مارن وَهُدب جفن وشَيْن ما قدر وفرض لحية امرأة لعبد إن فسد منبت.

أى: والحكومة جزء من دية نفس المجنى عليه بالنسبة المذكورة إلى القيمة. وهى تقديره عبدًا، ويقومه سالمًا من أثر الجراحة. فإذا قيل: خمسون، قومته وبه أثرها، فإذا قيل: أربعون، فقد نقص بها خمس قيمته فتجب فيها خمس ديته؛ لأن الجملة مضمونة بجميع الدية فضمنت الأجزاء بالأجزاء.

ويكون التقويم بعد اندمال الجراحة، فإن لم ينقص بعد الاندمال شىء قومناه قبل الاندمال، ويعتبر القرب منه؛ فحيث ظهر نقص أخذ نسبته من الدية، ولا تبلغ الحكومة فى جرح عضو دية ذلك العضو، فلا تبلغ الحكومة فى جراحة على اليد دية اليد كلها، ولا بجراحة على الإصبع دية الإصبع، ولا بحكومة تابع دية متبوعه، فلا يبلغ بحكومة باقى الثدى دية الحلمة، ولا بالسنخ دية السن، ولا بقصبة الأنف دية المارن، وأما نحو الظهر والفخذ والعضد والذراع فليس تابعًا لعضو. وسوى الغزالى بين الذراع والكف[1]؛ فلم تجز الزيادة فى حكومته على دية الأصابع، والأصح خلافه، وأنه يجوز أن يزيد عليها ولا ينقص إلا عن دية النفس. ويجوز أن يبلغ بحكومة الكف دية الإصبع، وأربع فى الأصح لا خمس.

ثم اعلم أن التابع يندرج فى المتبوع إذا قطع معه؛ فإذا قطع الذكر بحشفته أو الثدى

(١) فى أ: الكتف.

بحلمته، اندرج فى دية الحشفة والحلمة حكومة الباقى، وكذلك ما أشبهه مثل شين الموضحة. وهو المراد بقوله: واندرج فيه وشين ما قدر.

وإذا أتلف لحية المرأة متلف وفسد المنبت، فالظاهر أن قيمتها لا تنقص بذلك فتفرض كعبد كبير تزينه اللحية، حتى يظهر نقصان فى قيمته فيؤخذ بقسط ذلك النقص من دية المرأة.

وإن لم يفسد منبتها فلا أرش فيها، وكذلك فى سائر الشعور إلا ما يراه الحاكم من التعزير.

[وقوله فى الحاوى: ومتبوعه النابت والجفن المهذب والمارن للقصبة، إن أراد بالنابت ما كان متميزًا عن أصله بالاسم فالمارن مميز عن أصله وهو القصبة باسم آخر؛ فلا يحتاج أن يعطفه عليه، وإن أراد ما تميز عن أصله بشبهة النبات كالأصابع فى الكف والحلمة فى الثدى والحشفة فى الذكر - ورد عليه السِّنخ وهو المستتر من السن وهو بعضها وليس الظاهر منها نابتًا فيه][(1)].

وقوله: وتعلقت برقبة عبد فقط، فلو جنى فقطعت يده ثم جنى ومات فلأول أرشها وهو النقص، وشارك الثانى بما بقى، ولسيد فداء بالأقل من أرش وقيمة يوم الفداء ويوم جناية أم الولد، وكلما جنت استرد قِسط ولزم فداء بعتق وإيلاد لا وطء واختيار.

أى: وتتعلق الدية برقبة العبد ولا تتعلق بذمته، سواء وجبت ابتداء أو بدلًا عن قصاص؛ إذ لا يمكن إلزامها السيد لما فيه من الإضرار به وهو غير جان، ولا إلزامها ذمته إلى أن يعتق؛ للزوم تأخير حق المجنى عليه إلى أجل غير معلوم، وفيه ضرر ظاهر، بخلاف من أقرضه أو باعه بلا إذن فأتلفه فإنه قد رضى بذمته، فالتعلق برقبته وسط لرعاية الجانبين فلا تتعلق، ولا تتعلق مع الرقبة بذمته على الأصح.

ولو جنى العبد جناية بأن قطع يد زيد مثلاً، ثم قطع رجل يد العبد عدوانًا، ثم قطع العبد يد رجل آخر، ثم مات العبد من الجناية عليه - فإنه يلزم الجانى على العبد قيمته. لكن الذى قطع العبد يده أولًا يختص بأرش اليد الذى استحقه.

والصحيح أن أرش اليد هنا ما نقص من القيمة؛ كما نقله فى الروضة عن الشيخ أبى على وقرره.

قال: وغلّط الشيخ أبو على من قال: الأرش هنا نصف القيمة؛ قال: لأن الجناية إذا

---

(1) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

صارت نفسًا سقط بدل الطرف. انتهى.

فإذا كانت قيمة العبد عشرًا من الإبل وقيمته مقطوعًا ثمانيًا، اختص زيد باثنين وهما فى مقابلة خمس ما يستحقه من دية يده، وهو خمسون، وبقى من أرش يده أربعون، وللآخر خمسون، فيقتسمان باقى قيمة العبد أتساعًا.

وإذا جنى العبد جناية، فللسيد أن يفديه بأقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد.

فإن كان الأرش أكثر لم يتعين على الأصح؛ لأنه ليس عليه إلا تسليم رقبة العبد، فإذا لم يسلم لم تتوجه عليه المطالبة بأكثر من القيمة، والمعتبر قيمة يوم الفداء؛ لأن ما نقص قبل ذلك لا يلزم السيد، بدليل أنه لو مات العبد قبل الفداء لم يلزمه شيء.

نعم لو منع من البيع يوم الجناية لزمه قيمة يوم الجناية، ولو مات وقد منع[1] لزمه الفداء، ويلزمه الفداء بعتقه إذا أعتقه بعد الجناية ونفذ العتق بشروطه.

وكذلك إذا استولدها بعد الجناية أو باعها، وقلنا: ينفذ البيع، ولو وطئها لم يلزمه الفداء ولم يكن اختيارا.

ويفارق وطء البائع فى مدة الخيار؛ لأن العقد والشرط وجب بفعله، وما وجب بفعله جاز أن يسقط بفعله، وهذا الخيار وجب بالشرع فلا يسقط بفعله، وكذلك إذا اختار الفداء ثم بدا له لم يلزمه الفداء بخلافه فى خيار البيع لما ذكرناه، ويلزم الفداء فى أم الولد بقيمتها يوم الجناية؛ لأن السيد بالاستيلاد مانع من البيع وقت الحاجة إليه وهو وقت الجناية فاعتبر قيمتها حينئذ، ولا يلزمه فداؤها بأكثر من قيمتها على الأصح.

وإذا جنت المستولدة جناية وغرم السيد فيها قيمتها ثم جنت جناية أخرى، استرد من المجنى عليه قسط هذه الجناية بالتوزيع على الجنايتين.

فإذا كانت القيمة ألفًا وأرش كل جناية ألف، استرد من الأول للثانى خمسمائة.

وإن كان أرش الجناية الثانى خمسمائة، استرد ثلث الألف، وكذلك كل جناية تجنيها المستولدة يرجع بقسطها موزعًا على الجميع.

[وقوله فى الحاوى: وللسيد أن يفدى بأقل القيمة من يوم الفداء والأرش، إلى قوله: فإن غرم القيمة فحيث استرد وزع - فيه أمران:

أحدهما: أن المستولدة تفدى بقيمة يوم الجناية لا يوم الفداء، وقد قيل: إنه سكت عن ذلك للعلم أنه بمجرد الجناية يجب عليه الفداء، أو هو حق لكن قد سبق منه التصريح

---

(١) فى أ: مات.

باعتبار القيمة يوم الفداء.

الثاني: قوله: وإن غرم القيمة فحيث استرد وزع، ظاهره: أنه يسترد الجميع ثم يوزع، وهو لا يسترد إلا القسط فقط][1].

كفارة القتل

وقوله: وعلى غير حربى وغير جلاد لم يضمن كفارة فى معصوم لدى إصابة وفوت، فباصطدام فى تركة كل، كفارتان وأربع فى حاملين ونصف قيمة دابة صاحبه، وعلى عاقلة كل نصف دية الآخر وغرة للحمل وإن تعمدا.

أى: ويجب على من قتل معصومًا بما سبق ذكره من إيمان وأمان كفارةٌ، سواء كان القتل عمدًا أو خطأ والمقتول حرًا أو عبدًا أو جنينًا أو ذميًا أو معاهدا، وعلى السيد بقتل عبده.

وتخرج من تركة من قتل نفسه على الأصح، وسواء كان القاتل بالغًا أو صغيرًا أو مجنونًا، وتجب فى مالهما وتلزم العبد والذمى ولا تلزم الحربى.

وكذلك لا تجب على الجلاد إذا أمر بقتل رجل ولم يعلم أن الإمام مخطئ، فإن فعلَهُ فعلُ الإمام، وهو كالآلة فلا يجب عليه ضمان ولا كفارة إذا بان أن من قتله معصوم، بل على الإمام. ولا تجب الكفارة فى غير المعصوم كالحربى والمرتد وقاطع الطريق والزانى المحصن ونحوهم. ولا تجب فى قتل نساء أهل الحرب وذراريهم؛ لأن النهى عن قتلهم لمصلحة المسلمين، لا لكونهم معصومين.

ويشترط أن توجد العصمة حالة الإصابة والموت، فلو جرح حربيًا أو مرتدًا فأسلم ثم مات، لم تجب دية ولا كفارة، بخلاف ما إذا تخلل المهدر وهو معصوم حالة الجرح والموت فإنه تجب فيه الدية والكفارة وقد سبق.

ولو اصطدم حران ماشيان فماتا بالتصادم، وجب فى تركة كل منهما كفارتان: كفارة لقتل نفسه، وكفارة لقتل صاحبه؛ لأن موت كل منهما حصل بفعله وفعل صاحبه، والكفارة لا تتبعض كما سبق بيانه.

وإن اصطدم حاملان فماتتا وألقتا جنينين، وجب فى تركة كل منهما أربع كفارات: كفارتان لنفسها ولجنينها، وكفارتان لصاحبتها ولجنينها؛ لا شتراكهما فى هلاك أربع

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أنفس.

وإن اصطدم راكبان فماتا وماتت دابتاهما، وجب فى تركة كل منهما نصف قيمة دابة الآخر سواء غلبتهما الدابتان أم لا؛ لأن الركوب كان باختيارهما، فهما مقصران؛ فلذلك يضمن الراكب ما أتلفته الدابة وقد يتقاصان. وعلى عاقلة كل منهما نصف دية الآخر مخففة إن كان الاصطدام خطأ؛ مثل أن يكونا أعميين أو غافلين أو متدابرين أو فى ظلمة، وإن تعمدا الاصطدام لم تجب فى مالهما على الأصح، بل يكون عمد خطأ يوجب الدية على العاقلة مغلظة، وتجب على عاقلة كل من الحاملين غرة كاملة نصفها لجنينها ونصفها لجنين صاحبتها.

والحرة إذا جنت على جنين نفسها، وجب الغرم على عاقلتها لورثة الجنين، ولا يسقط من الغرة شىء، وأما الدية فقد بينا أنه يسقط نصفها.

[وقوله فى الحاوى: يوجب الكفارة فى النفس لا على الحربى، وقوله فى مسألة الاصطدام: لا إن تعمد - فيه أمران:

أحدهما: أنه استثنى فى وجوب الكفارة الحربى فقط؛ فأفهم أنها تجب على من سواه، وهى لا تجب على الجلاد الذى قَتَلَ بإذن الإمام جاهلاً بالعصمة، وقد استدركه شراحه.

الثانى: قوله فى مسألة الاصطدام: وعلى عاقلة كلٍّ نصف دية الآخر لا إن تعمد، يريد أنهما إذا تعمدا وجبت فى تركتهما، وهو وجه، والأصح كما قال فى العزيز والروضة عند الأكثرين وهو نصه فى الأم: أن الحاصل منه عمد خطأ؛ لأن الغالب أن الاصطدام لا يفضى إلى الموت؛ ولذلك لا يتعلق به القصاص إذا مات أحدهما فتجب دية مغلظة على العاقلة][1].

وقوله: وإن أركب أجنبى صبيين فهو الجانى، وفى اصطدام عبد وحر تتعلق نصف الدية بنصف القيمة ويهدر عبدان، وفى مستولدتين تقاصٌّ فإن قوِّمتا مائتين ومائة فضل خمسون وبحملهما والغرة بأربعين ثلاثون.

أى: وإذا أركب الصبيين من لا ولاية له عليهما وحصل الاصطدام، لم يهدر الصبيان ولا المركوبان، وليس عليهما ولا على عاقلتهما شىء، بل يجعل الذى أركبهما هو الجانى وهو المتلف فيلزمه قيمة الدابتين وعلى عاقلته دية الصبيين، ولو أتلفت الدابة شيئًا لزمه ضمانها لتعديه بإركابهما، وإن أركبهما أجنبيان فعلى كل منهما وعلى عاقلته نصف ما يلزم الواحد.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ويؤخذ من مفهوم الكلام أن إركاب الولى لمصلحتهما لا يوجب ضمانًا وإن ركبا بأنفسهما فكالبالغين.

فإن تعمدا الاصطدام، وقلنا: إن عمد الصبى عمد - غلظت الدية على العاقلة.

وإن اصطدم عبدان فماتا فهدران، وإن كان أحدهما أنفس؛ لأن جناية العبد لا تتعلق إلا بالرقبة، فإذا فاتت الرقبة فات محل التعلق[١].

وإن اصطدم حر وعبد وماتا فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد يتعلق بها نصف دية الحر لورثته؛ لأنه لو عاش لتعلق ذلك النصف فى رقبته، فإذا فاتت تعلق ببدلها، هذا هو الجديد الأظهر.

والقول الآخر: أن العاقلة لا تتحمل دية العبد فتكون فى تركة الجانى، فإن قلنا بالأول فلورثة الحر مطالبة عاقلته بقيمة العبد للتوثق، وإن قلنا بالثانى تقاص الورثة ومالك العبد، وعلى كل تقدير إن زاد نصف قيمة العبد على نصف الدية فالزائد للسيد. وإن زاد نصف الدية أهدر الزائد لفوات محل التعلق[٢].

وإن اصطدم مستولدتان لشخصين وماتتا، فنصف قيمة كل هدر؛ لما بينا من اشتراكهما فى قتل أنفسهما، ويجب على كل من السيدين لصاحبه الأقل من قيمة مستولدته ونصف قيمة مستولدة صاحبه.

فإذا تساوت القيمتان تقاصا فى الكل، وإن زادت إحداهما حصل التقاص فى المتساوى ورجع سيدها بالزائد. فإذا قومت إحداهما مائة والأخرى مائتين، وجب لصاحب النفيسة على صاحب الخسيسة خمسون.

فإذا كانتا حاملتين منهما وألقتا الجنينين ففى كل غرة؛ لأنهما حران فيجب على كل من السيدين نصف غرة جنين الأخرى. وأما نصف غرة جنين مستولدته فمستحقه هو فيسقط، إلا إذا كان له جدة من أم فإن لها السدس.

ففى صورة الكتاب حيث كانت قيمة إحداهما مائتين وقيمة الأخرى مائة وقيمة الغرة أربعين، فإن صاحب النفيسة يستحق مائة وعشرين نصف مائتين وأربعين، لكن صاحب الخسيسة لا يلزمه إلا الأقل، فلا يلزمه إلا مائة قيمة مستولدته، وصاحب الخسيسة يُستحق عليه سبعون نصف مائة وأربعين، فيقع التقاص بسبعين يبقى لصاحب النفيسة ثلاثون.

فإن كان لكل جنين جدة من أم، فإنه لا يرثه مع الأب غيرها؛ فلها سدس الغرة لا يسقط

(١) فى أ: التعليق.
(٢) فى أ: التعليق.

منه شيء؛ لأنه يجب على كل واحد من السيدين غرة كاملة: نصفها لجنين مستولدته، ونصفها لجنين الأخرى، فلكل من الجدتين على كل من السيدين نصف السدس.

فإن كان حملهما من زوج فالجنينان رقيقان، فعلى كل مع نصف قيمة الأخرى نصف عشر قيمتها لنصف الجنين.

وإن كان حرًّا كما إذا وطئها حر بشبهة، فعلى كل منهما مع نصف القيمة غرة كاملة نصفها لجنين مستولدته، ونصفها لجنين الأخرى.

[وقوله فى الحاوى: وعبد وحر نصف قيمته فى تركة الحر، إلى قوله: وإن حلتا - فيه أمران:

أحدهما: قوله: وعبد وحر نصف قيمته فى تركة الحر، هذا على قولنا: إن دية الرقيق لا تحملها العاقلة، والأظهر الجديد: أنها تحملها؛ فيكون الحكم أنها على العاقلة لا فى تركة الحر بخلاف ما قال.

الثانى: قوله فى المستولدتين: وإن حبلتا، كان الأحسن أن يقول: بحملهما؛ ليدخل ما صارتا به مستولدتين وما فى معناه من حمل السيدين، ويسلم من إيهام اشتراط تجدد الحمل وتعميم كل حمل فإن حكم الحمل لغير السيدين مخالفة][1].

وقوله: وسفينة وملاح كدابة وراكب، لكن يقتص من ملاح وتهدر غلبة ريح بخلفه.

أى: وإذا اصطدمت سفينتان فالمُجْرِيان لهما كراكبى الدابتين، حتى إذا كانتا وما فيهما لهما هدر نصف كل، ووجب على كل منهما ضمان نصف سفينة صاحبه ونصف ما فيها.

فإن هلك الملاحان فكالراكبين.

وإن كانتا وما فيهما لغيرهما لزمهما ضمان الجميع، وكل من المالكين مخير بين أن يأخذ نصف الضمان من أمينه، والنصف الآخر من أمين الآخر، وبين أن يأخذ الكل من أمينه، وأمينه يرجع بالنصف على أمين الآخر.

وإن كان فيهما أنفس فهلكوا: فإن تعمدا الاصطدام بما يفضى إلى الهلاك غالبًا، لزمهما القصاص، وحكمهما حكم من تعمد قتل جماعة.

وإن كان لا يفضى إلى الهلاك غالبًا، فشبه عمد تغلظ فيه الدية على العاقلة.

وإن لم يتعمد فخطأ ولا يخفى حكمه، وإن تعمد أحدهما فقط فلا قصاص لمشاركته المخطئ، هذا هو الأصح، وكل هذا إذا حصل الاصطدام بفعلهما.

فأما إذا حصل لا بفعلهما نظرت: فإن قصرا فى التوانى بالضبط وترك العدول عن

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

صوب الاصطدام مع إمكانه، أو ترك تكميل العدة، أو سيرًا فى ريح شديدة لا تسير السفن فى مثلها - وجب الضمان.

وإن لم يوجد تقصير وحصل الاصطدام بغلبة الريح وهيجان البحر فلا ضمان، وهذا بخلاف غلبة الدابة؛ لأن الريح لا يمكن ضبطها، وضبط الدابة بنحو اللجام ممكن، ففى غلبتها دليل على تقصيره وسوء فروسيته، والقول قول الملاح بيمينه فى غلبة الريح، سواء كان منفردًا باليد أو كان مالك المتاع معه.

[وقوله فى الحاوى: والسفينة كالدابة، والملاح كالراكب، سوى بينهما وقد بينا أن الراكب لا يلزمه القصاص إذا تعمدا على الأظهر؛ لأن اصطدام الراكبين لا يقتل غالبًا وهو عنده يوجب القصاص؛ ألا تراه كيف أوجب نصف الدية فى تركته؟! فمقتضاه القصاص إذا مات إحدهما وقلنا بالمذهب: إن شريك قاتل نفسه يلزمه القصاص، وقد ذكره صاحب الجواهر، وإن كان كلام الروضة يوهم فى تعمد الراكبين عدم وجوب القصاص على الوجهين وأما اصطدام السفينتين فيقتل غالبًا، وقد نصوا على أنه يوجب القصاص؛ فبان عدم التساوى على الأصح][1].

وقوله: وعلى عاقلة واقع على مُرْتدٍّ نصف ديته ورجعوا، فإن جذبه فجذب ثالثًا ضمن نصف الثانى، والثانى والحافر ثلثيه، والثانى كل الثالث.

أى: وإذا تردى إنسان فى بئر وتردى عليه آخر من غير أن يجذبه الأول، فالذى قاله الأصحاب: إنه إن تعمد الوقوع عليه وذلك يقتل غالبًا، لزمه القصاص، وإلا فشبه عمد فيه دية مغلظة.

وإن وقع بغير اختياره، أو باختياره ولم يعلم وقوع الأول - فهو خطأ فيه دية مخففة. ثم اختلفوا إذا آل الأمر إلى المال، فقيل: على عاقلة الواقع كل الدية، وقيل: النصف. ونقل الرافعى والنووى تصحيح الثانى عن المتولى وغيره.

وهو المقطوع به فى الكتاب وأصله؛ لأنه هلك بصدمة البئر وبوقوع الثانى عليه، والنصف الثانى يهدر إن لم يكن الحفر عدوانًا فإن كان عدوانًا، فهو على الحافر، وترجع عليه عاقلة الواقع إن غرموا، وعليه كل دية الثانى أيضًا والمراد على عاقلته، وهذا إذا لم يجذب الأول الثانى.

فإن جذبه فوقع فوقه فماتا، فالثانى هلك بجذب الأول، فضمانه على عاقلة الأول ولا أثر للحفر لأنه شرط، وجذبه إليه سبب أو مباشرة فكلاهما يقدم على الشرط.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وأما الأول: فالأصح أنه تجب نصف ديته على عاقلة الحافر؛ لأنه مات بصدمة البئر وبوقوع الثانى عليه لكنه بفعله؛ فيهدر النصف، وقيل: يهدر كله، فإن لم يكن الحفر عدوانًا فكله مهدر قطعًا.

وإن جذب الأول والثانى ثالثًا، فمن قال: لا أثر للحفر، أهدر نصف دية الأول بفعله، وأوجب على عاقلة الثانى النصف بجذبه الثالث عليه.

ومن قال بالأصح جعل الدية أثلاثًا؛ لأنه مات بثلاثة أسباب: بصدمة البئر، وبثقل الثانى والثالث، فيهدر الثلث[1]؛ لأنه بفعله، ويجب الثلث على الثانى بجذبه الثالث، والثلث على الحافر إن كان متعديًا، وإلا أهدر أيضًا.

وأما الثانى: فمات بجذب الأول وثقل الثالث، ولكنه بفعله فيهدر نصف، ويجب نصف على عاقلة الأول.

وأما الثالث: فجميع ديته على الثانى على الأصح، وقيل: عليه وعلى الأول، والمراد فى الجميع العاقلة لا فى تركتهم.

وقوله: وإن قال خوف غرق لا على الملقى فقط: ألق متاعك وأنا ضامن، ضمن، أو وأنا وهؤلاء ضامنون، فحصته لا هم وإن رضوا.

أى: وإذا تموج البحر وخيف الغرق، فقال رجل لصاحب المتاع: ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه، فإن خاف على نفسه أو على غير الملقى أو عليهما معًا، أو على نفسه وعلى الملقى، أو على الملقى وغيره لا نفسه، أو على الجميع: الملقى وغيره ونفسه - ضمن؛ لأنه التماس إتلاف بعوض لغرض صحيح، فهو كما لو قال لغيره: أعتق عبدك وعلى كذا، فتسميته ضمانًا مجاز. وكذا لو قال له: اعف عن القصاص وعلى الدية، أو أطعم هذا المضطر وعلى قيمة طعامك، وتعتبر قيمة المتاع هناك فى غير حالة هيجان البحر؛ لأنه لا قيمة له حينئذ.

ويشترط خوف الغرق؛ فلو التمس منه ذلك فى غير خوف لم يلزمه، وإذا علم أنه لا نجاة لركاب السفينة إلا بإلقاء المتاع أو بعضه وجب على صاحبه إلقاؤه، فيلقى غير ذى الروح لتخليص ذى الروح.

ولا يجوز إلقاء الدواب إذا أمكن الخلاص بغير الحيوان، ويجوز إلقاؤها لتخليص الآدمى، لا إلقاء الرقيق للحر بل هما سواء.

---

(١) فى ط: الثالث.

وإذا قصر ولم يلق المتاع حتى حصل الغرق أثم ولا ضمان، ومن ألقى متاع غيره للضرورة بلا إذن ضمن، كمن أكل طعام الغير للضرورة.

ولو كان رجل ومتاعه فى مركب وخيف عليه الغرق وحده، فقال له رجل: ألق متاعك وعلى ضمانه، فألقاه - لم يضمن، ولم يحل للملقى أخذ القيمة منه؛ لأنه فعل ما هو واجب عليه لتخليص نفسه.

فإن قال بعض من فى السفينة عند خوف الغرق لصاحب المتاع: ألقه وأنا وركاب السفينة ضامنون، لم يلزمه إلا حصته، كما لو قال: على كل منا ما يخصه. فإن رضوا بما قال، فنقل الرافعى عن بعض الأصحاب: أنه يلزمهم. قال: والظاهر خلافه؛ لأن العقود لا توقف على أصل الشافعى رضى الله تعالى عنه، وهذا ما ارتضاه القاضى حسين والإمام. ولو قال: وكل منا ضامن الكل، لزمه الكل، وكذا لو قال: على أنى ضامن وهم ضامنون، أو على أن أضمنه والركبان.

وقوله فى الحاوى: وأنا والركبان ضامنون لزمته حصته ولزمتهم حصتهم إن رضوا - إنما يأتى على الوجه المرجوح.

وقوله: والعمد بمنجنيق شبهه لا من حذاق فى معين لا مبهم، فإن قتل رماته هُدر من كل حصته.

أى: إذا تعمد الرماة بالمنجنيق واحدًا أو جماعة أو واحدًا من جماعة بلا تعيين، فهذا شبه عمد؛ لأن الغالب أن المنجنيق لا يمكن القصد به لمعين، فإن كان الرماة حذاقًا يصيبون غالبًا ما عينوه فوجهان:

الذى صححه الرافعى والنووى وغيرهما أنه عمد محض، وعن العراقيين أنه شبه عمد؛ لعدم إمكانه. والخلاف راجع إلى أنه هل يتصور تحقيق هذا القصد أم لا؟

وأما إذا أخطئوا فقتلوا به غير من قصدوه فخطأ محض، فإن رجع الحجر على رماته فقتلهم هدر من كل حصته. ووجب على عاقلة كل لورثة كل قسطه من الباقى، فلو كانوا خمسة سقط من دياتهم الخمس.

[وقوله فى الحاوى: وإن أصاب واحدًا قصدوه، ليس فيه احتراز من الجماعة إذا قصدوهم وأصابوهم؛ إذ لا فرق، وإنما أتى به ليتوصل إلى ذكر المبهم، وهذا إذا قصدوا واحدًا غير معين من جماعة فإنه شبه عمد؛ لأنه لا بد من تعيين المقصود؛ ألا ترى أنه لو قال: اقتل واحدًا من هؤلاء وإلا قتلتك لا يلزم المكره قصاص]؟! بخلاف [ما] لو قال: اقتل هذا وإلا قتلتك، فقتل - ضمن؛ لأنه جعله فداء نفسه، والله أعلم][1].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

البغاة

وقوله: باب: البغاة أهل شوكة ومطاع خالفوا الإمام بشرط تأويل لا باطل قطعًا، إلا لإهدار كأهل عدل فى شهادة وقضاء وتصرفات، وإهدار متلف بقتال.

أى: لا يثبت لمن خرج على الإمام حكم البغاة إلا بهذه الشروط:

أن تكون لهم قوة يقاومون بها الإمام؛ إذ لو لم يشترط ذلك لسهل على كل من أراد الفساد أن يجعل له تأويلاً باطلاً ويخرج به.

ولا يشترط انفرادهم ببلد، بل لو كانوا ببلدته محفوفين بجنده ولهم قوة المكافأة كفى.

الثانى: أن يكون لهم مطاع يرجعون إليه، فإن من لا مطاع لهم لا ينتظم أمرهم ويسهل حربهم؛ لتفرق كلمتهم.

الثالث: أن يكون لهم تأويل ممكن لا يقطع ببطلانه، بل يظن، فلو كان تأويلهم باطلاً قطعًا لم يكن لهم حكم البغاة إلا فى إهدار ما أتلفوه بسبب القتال؛ فإن الأصح أنه إذا حصلت الشوكة والقوة أنا نحكم بسقوط ضمان ما أتلفوه فى القتال؛ لأنا إنما أسقطناه عن أهل البغى ترغيبًا لهم فى الطاعة، واتفاق الكلمة، وهذا المعنى موجود هنا.

وليس من شرائط المطاع أن يكون إمامًا منصوبًا؛ إذ قد أثبت على - كرم الله وجهه - لأهل الجمل والنهروان حكم البغاة من غير أن يكون لهم إمام منصوب.

ثم للبغاة حكم أهل العدل فى قبول الشهادة وسماعها، وصحة قضاء قاضيهم.

وهذا عند المعتبرين من الأصحاب بشرط ألا يستحلوا دم أهل العدل وأموالهم، أما إذا استحلوها فلا ينفذ قضاؤهم ولا تقبل شهادتهم.

فإذا حكم قاضيهم بما يخالف النص والإجماع والقياس الجلى، فحكمه باطل؛ كحكم قاضى[1] أهل العدل بذلك. فإذا حكم علينا بضمان ما أتلفناه عليهم فى القتال، أو حكم عليهم بسقوط ما أتلفوه فى غير الحرب - لم ينفذ حكمه.

ولو حكم عليهم بضمان ما أتلفوه علينا فى الحرب أنفذناه؛ لأنه مجتهد ومتلف القتال بين أهل البغى والعدل لا يضمن من الجانبين لا نفسًا ولا مالًا؛ لأن عليًا كرم الله وجهه لم

---

(١) فى أ: قضاء.

يضمّن أهل الجمل والنهروان بعد الظهور عليهم شيئًا، ولأن ذلك يحملهم على التمادى فى الباطل والنفور من الطاعة.

وما أتلف فى غير القتال مضمون من الجانبين.

أما إذا كان لهم تأويل بلا شوكة، فحكمهم حكم قطاع[1] الطريق.

وكذا إن كان لهم شوكة بلا تأويل إلا فيما ذكرناه من الإهدار. وإذا كان التأويل باطلاً يؤدى إلى الردة، أو إلى إبطال حق قطعى، كمنع الزكاة واستحلال الأموال والفروج المحرمة - فليسوا ببغاة ولا يثبت لهم حكمهم، بل يجرى على المرتدين أحكام الردة وعلى المبطلين حكم أمثالهم من قطاع الطريق ونحوهم إلا فى الإهدار بشرطه المذكور.

وأما الخوارج وهم صنف من المبتدعة يعتقدون كفر من ارتكب كبيرة، ويطعنون على الأئمة، ولا يحضرون معهم الجماعات، قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: إن لم يقاتلوا لم يتعرض لهم، لكن إن صرحوا بسب المسلمين عزروا لا إن عرضوا على الأصح. وأطلق البغوى ووافقه غيره أنهم إذا خرجوا لهم حكم قطاع الطريق. هذا هو المذهب الصحيح.

وإذا أخذ أهل البغى الزكاة وصرفوها فى أهلها وأخذوا حق المرتزقة من الفىء وقسموه فى جنده، نفذنا ذلك منه وأمضيناه.

[وقوله فى الحاوى: لا المرتد ومانع حق الشرع وضمان متلف القتال كالعدل، فيه أمران:

أحدهما: قوله: ومانع حق الشرع، لا ينتظم مع قوله: بتأويل باطل ظنا؛ لأن مقتضاه ثبوت حكم البغاة لمن له تأويل ظنى لا يقطع ببطلانه، وقد علمت أن الحقوق الشرعية أكثرها ظنية، فإذا كان منعهم بحق شرعى يخرجهم فقد تناقض الحكم، فلو قال: حق قطع، بدل قوله: حق الشرع، لا تنظم.

الثانى: قوله: وضمان متلف القتال كالعدل مع اشتراط التأويل، فلزم منه أنما أتلف من أهل الشوكة المقاومة للإمام لا يهدر إلا إذا كان لهم تأويل، والأصح ما قدمناه من أنه لا يشترط التأويل للإهدار][2].

وقوله: وأنذروا وكف عن فار فارق الجيش ومتحيز لبعيدة، وبعد حرب لا يحبس إلى

---

(١) فى ط: قاطع.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

سلم إلا مقاتل وآلته بلا استعمال.

أى: لا يبدأ بقتال أهل البغى حتى يبعث إليهم الإمام وينذرهم على لسان أمين ناصح، يسألهم ما ينقمون، ويزيح مظلمة شكوها وشبهه ذكروها، فإن أصروا بعد ذلك وعظهم وحذرهم افتراق الكلمة، فإن أبوا آذنهم بالقتال، فإن استمهلوا بحث عليهم[1]، فإن ظهر أن ذلك لانتظار مددهم لم يمهلهم، وإن كان لتبين الأمر وهم عازمونِ على الطاعة أمهلهم وبدأ بدفعهم بالأخف كدفع الصائل، ما لم يلتحم القتال، ويكف عن فارٍّ فارقَ، فإذا هربوا وافترقوا لم يلحق مدبرهم، وكذلك إذا فر منهم أحد، وإن هربوا مجتمعين بقرينة دالة على الرجوع فلا يكف عنهم.

ومن ولَّى متحرفًا لقتال أو متحيزًا إلى فئة قريبة لم يكف عنه، فإن تحيز إلى فئة بعيدة كف عنه على الأصح.

وإذا افترقوا وخفنا تجمعهم لم يلحقهم على الأصح، فلا أثر لخوف التجمع.

وإن ظفرنا فى حال القتال بأسارى أو بمال لهم حبسناهم وما لهم ما دام القتال، ثم يطلق الجميع إلا المقاتلة وآلة القتال؛ فإنا نحبسهم حتى يؤمن القتال أو يحصل السلم إما بطاعتهم أو افتراقهم.

ولا يستعمل ما حبسناه من السلاح والخيل بل لهم حكم الوديعة، نعم إذا دعت الضرورة، كمن لم يجد ما يدفع به عن نفسه أو ينهزم عليه من القتل إلا سلاحهم وخيلهم، فيجوز، كما يجوز أكل مال الغير للضرورة، وتلزمه أجرة المنفعة كما يلزم المضطر قيمة الطعام.

[وقوله فى الحاوى: ولا يتبع المدبر، فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يذكر حكم المتحيز إلى فئة، والحكم أنه إن كانت الفئة قريبة نتبعه، وإن كانت بعيدة فلا نتبعه على الأصح.

الثانى: أنه أطلق منع اتباع المدبر، وقد نصوا على أنهم إذا أدبروا مجتمعين بقرينة الرجوع أنهم يتبعون، وأنه لا بد من افتراقهم، وقد يفهم من قوله فى الحاوى: وإن خيف اجتماعهم، أن المراد: الذين أدبروا وتفرقوا، وقد نص عليه صاحب

---

(١) فى ط: عنهم.

التعليقة][1].

وقوله: ولا ينتصر بقاتل، مدبر إلا بجرىء يندفع، ولا بعامٍّ كمنجنيق إلا لشدة، ولا بكافر، فإن نصره حربى وأمنوه نفذ لا علينا، فإن ظنهم محقين ترك مدبرًا، أو ذمى بطل عهده لا بكره أو ظن جواز فيقاتل كهم وضمن.

أى: ولا يجوز للإمام أن ينتصر على البغاة بمن يرى قتلهم مدبرين إما لعداوة أو لاعتقاد جواز كالحنفى، إلا إذا دعت الحاجة إليهم لجراءتهم وحسن عنايتهم فى الحرب، وكان له قدرة عليهم بحيث يندفعون عن المدبر إذا دفعهم عنهم؛ فإنه يجوز الاستعانة بهم بهذين الشرطين، واكتفى بعضهم بالشرط الثانى.

ولا يقاتلهم بما يعم كالمنجنيق والنار وإرسال السيل الجارف[2]، إلا إن اشتد الأمر، وخفنا الاصطدام إما لكثرتهم أو لكونهم قاتلونا به، فإنه يجوز حينئذ.

ولا يستعين عليهم بكافر؛ لأنه لا يجوز تسليط الكافر على المسلم؛ ولهذا لا يجوز أن يُوَكِّل فى القصاص من مسلم، ولا أن يُتَّخَذَ جلادًا فى الحد على المسلمين.

ولو استعان البغاة علينا بأهل الحرب وعقدوا لهم ذمة، لم ينفذ علينا وكان لنا استئصالهم واسترقاقهم، ولكنها تنفذ عليهم على الأصح.

فعلى الأصح إذا أتلفوا علينا مالًا لم يضمنوه، لأنهم أهل حرب، وإن أتلفوه على البغاة لزمهم ضمانه؛ لأنا حكمنا بصحة الأمان فى حقهم.

فلو قال أهل الحرب: ظننا أنها الطائفة المحقة، أو أنهم استعانوا بنا على كفار - لم نقتلهم مدبرين ولم نسترقهم إذا أسروا، بل نبلغهم المأمن. وإن استعانوا بأهل الذمة انتقض عهدهم، إلا إذا أبدوا عذرًا؛ بأن قالوا: كنا مكرهين. وكذا إذا قالوا: ظننا أنهم المحقون، وأنه يجوز لنا القتال معهم، أو أنه يجوز لنا إعانة بعض المسلمين على بعض على الأصح.

ولهم حكم البغاة فى أنه لا يتبع مدبرهم، ولا يذفف على جريحهم، إلا أنهم يضمنون ما أتلفوا علينا فى القتال، بخلاف البغاة؛ لأن لهم تأويلًا، ولا تأويل لأهل الذمة، ولأن فى الإسقاط عن البغاة تأليفًا لقلوبهم وتقريبًا لهم إلى الطاعة. ولا حاجة إلى ذلك فى حق أهل

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: الخارق.

الذمة؛ لأنهم فى قبضة الإمام.

وإذا حكمنا بانتقاض عهدهم لعدم العذر، فحكمهم حكم أهل الحرب، ولو بعد القتال، ونقتلهم مقبلين ومدبرين(١).

* * *

(١) وقوله فى الحاوى: وقاتل المدبر، إلى قوله: وبالذمى بطل عهده، وإن جهل الحق إن لم يبد عذرًا أو ضمن المتلف، وإن أكره . . . فيه أمور:

أحدها: قوله: وقاتل المدبر، أطلق المنع من الاستعانة بمدبر، وليس على إطلاقه؛ بل ذلك إذا لم يكن حربيًا أو كان حربيا لا يندفع عنا إلا إذا دفعناه عنه، وإلا فيجوز الاستعانة به.

الثانى: أن قوله: جهل الحق، مشكل؛ لأن ظنك جواز ما لا يجوز جهل، وقد نصوا على أنهم إذا قالوا: إنه يجوز لنا أن نقاتل معهم أنه لا ينتقض عهدهم.

الثالث: قوله: لم يبد عذرًا، مع قوله: وإن جهل الحق، كالمتناقض؛ فإنه لا يمكن أن يعذر إلا بالجهل أو بالإكراه، أو بأن يقول: ظننتهم أهل الحق، وأنه يجوز لنا القتال معهم أو ظننتهم يستعينون على قتال الكفار، أو أنه يجوز لنا نصر بعض المسلمين على بعض فهذه الأعذار التى نصوا عليها هى الجهل بعينه.

واعلم أنه جمع بينهما؛ ليحترز مما إذا قال: ظنناهم المحقين فإنه لا يكفى على ما قاله معظم الأصحاب . . . وأنه يجوز لنا القتال معهم، فسمى الأول جهلاً والثانى عذرًا وكلاهما. . . قد اعترض على النووى فى اقتصاره على قوله: وإنهم المحققون، وكان. . . الحاوى أن يقول: لا إن ظن جوازه؛ لأن ظن الجواز شامل لسائر . . . غير الإكراه لأن المراد ظن جوازه عندنا.

الرابع: قوله: وضمن وإن . . . مقتضاه أنه لا ضمان على من أكره منهم على القتال ولم يفرق الأصحاب بين المكره منهم ومن أبدا عذرًا لا ينقض عهده فيقاتل قتال أهل البغى. . . مدبرًا، ولا يذفف عليه جريحا لكن يضمن، وهو الحق؛ لأنه كان ما أتلفه . . . الإكراه على القتال ليس إكراها على إتلاف المال وإن كان نفسا فليس . . . على القتال إكراها على قتل معين لا يرى فى أى ناحية من الصف وأكره على قتل أحد الرجلين لم يعد إكراها على الأصح مع أن الأصح وجوب القصاص على المكره وإن كان المكره لا يلزمه القصاص كما إذا أكره حر عبدًا على قتل عبد.

الردة(١)

وقوله: باب: الردة كفر مسلم مكلف بنية أو فعل أو قول باعتقاد أو عناد أو استهزاء ظاهر كطرح مصحف بقذر وسجود لمخلوق وجحدِ مجمع وقذف نبى، ولا شىء إن أسلم.

أى: اعلم أن الردة - والعياذ بالله - أقبح الكفر وأشنعه، فإن مات عليها حبطت أعماله، قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ﴾ [البقرة: ٢١٧] فإذا ارتكب المكلف المسلم ما يصير به كافرًا فهو المرتد.

فلا تصح ردة صبى ولا مجنون؛ إذ لا عبرة باعتقادهما، فلو ارتد رجل وأقر بزنى ثم جن لم يقتل للردة، ولم يحد للإقرار حتى يعقل؛ لأنه ربما رجع، بخلاف ما لو أقر بقصاص، أو حد قذف، أو ثبت زناه بالبينة؛ لأنه لا يقبل رجوعه، لكن لو قتل المقر قبل الإفاقة لم يجب شىء.

والسكران مكلف لكن يستحب تأخير استتابته إلى الإفاقة، فإن عاد إلى الإسلام وهو سكران صح إسلامه.

---

(١) الردة - أعاذنا الله تعالى منها - فى اللغة: الرجوع، يقال: رددت الشىء أرده فهو مردود، وفى وجه الرجل إذا كان قبيحا، وسمى العائد إلى الكفر بعد الإسلام مرتدًا؛ لأنه رد نفسه إلى كفره، وفى اللسان: قد ارتد، وارتد عنه: تحول، وفى التنزيل: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ﴾ [البقرة: ٢١٧].

فالردة تفيد مطلق الرجوع، ولكنها أصبحت علامة على من رجع عن دينه، أو رجع إلى الكفر بعد الإسلام، وعلى هذا فالمرتد هو: «الراجع عن الإسلام بعد دخوله فيه».

عرف الفقهاء الردة بتعريفات عديدة، تكاد تدور حول معنى واحد، وهو الرجوع عن الإسلام.

والردة عند الشافعية هى: «قطع الإسلام بنية كفر، أو قول كفر، أو فعل كفر، سواء فى القول قاله استهزاء، أو عنادا، أو اعتقادا».

عرف الحنفية الردة بأنها عبارة عن الرجوع عن الإيمان.

وقال فى «فتح القدير»: «هو الراجع عن الإسلام».

ولا يخالف الأحناف فى تعريفهم للردة ما عرفها به كل من الحنابلة والظاهرية

عرف المالكية الردة بأنها: «كفر بعد إسلام تقرر».

وقال فى «منح الجليل»: «الردة كفر المسلم، بقول صريح، أو بلفظ يقتضيه، أو بفعل يتضمنه».

جرى الحنابلة على تعريف المرتد دون الردة؛ وجاء تعريفهم للمرتد بأنه: «من كفر، ولو مميزا، طوعا، هازلا بعد إسلامه، ولو كرها بحق».

الردة محرمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ﴾ [البقرة: ٢١٧]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ...﴾ [المائدة: ٥]، وقوله تعالى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ...﴾ [الزمر: ٦٥]

والردة تكون بالنية، فمن نوى الكفر أو عزم على أن يكفر غدًا كفر من الآن.

ومن استخف بالإسلام كفر وإن لم يتلفظ، ويكون بالفعل أيضًا إذا دل على الاستخفاف دلالة ظاهرة؛ كما إذا ألقى المصحف فى القاذورات اختيارًا فإنا نحكم بكفره، وإن أنكر الاستخفاف؛ لأن الظاهر من حاله يكذبه فى إنكاره.

فإن ظهر لنا أنه ثقل عليه حمل المصاحف فطرحها عجزًا لم نحكم بكفره، ووكلنا باطنه إلى الله تعالى.

ولو سجد لصنم أو غيره من المخلوقات كفر.

قال فى العزيز والروضة: قال الإمام: وفى بعض التعاليق عن شيخى أن الفعل بمجرده لا يكون كفرًا. قال: وهذا زلل عظيم من المعلِّق ذكرته للتنبيه على غلطه.

وتكون أيضًا بالقول: كنفى الصانع، وتكذيبه تعالى، وتكذيب رسله، ووصف مخلوق بالقدم، وجحد القرآن، وجحد حكم من أحكام الإسلام مجمع عليه. هكذا قال الرافعى وصاحب الحاوى. واعترض النووى على الرافعى وقال: قلت: إن جاحد مجمع عليه يكفر، ليس على إطلاقه، بل الصواب فيه تفصيل سبق فى باب تارك الصلاة.

واشترط هناك أن يكون المجمع عليه ظاهرًا يشترك فى معرفته الخاصة والعامة، كالصلاة والزكاة والحج وتحريم الخمر والزنى.

قال: ومن جحد مجمعًا عليه لا يعرفه إلا الخواص، كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب - فليس بكافر للعذر بل يعرف الصواب ليعتقده. انتهى.

قلت: إن أراد النووى - رحمه الله تعالى - بقوله: لا يكفر للعذر فيعرف الصواب ليعتقده، أنه ربما يكون قد خفى عنه، وأنه إذا عرفه وجحده كفر، فلا اعتراض على الرافعى؛ لأن الجحد فى اللغة لا يكون إلا بعد المعرفة، بل لو أنكر الفرائض الخمس وهو ممن يجوز أن يخفى عليه ذلك لقرب عهده بالإسلام ونحوه لم يكفر، وإن أراد أن هذا لما كان خفيًّا كان جحده من العالم به لا ينافى الإسلام، فليس لقوله: لا يكفر للعذر، فيعرف الصواب ليعتقده - فائدة؛ لأن العارف لا يحتاج إلى تعريف.

ثم ما يصدر من فاعل الكفر والمتكلم به يكفر به، سواء كان عن اعتقاد كمن يعتقد قدم العالم، أو عرف الحق وكفر عنادًا أو بطرًا، أو قال ذلك أو فعله استهزاء بالإسلام.

ومن سب نبيًّا من الأنبياء صلوات الله عليهم أو عَرَّض بسببه كفر[1]، وكذا من قذفه.

---

(١) عرف ابن تيمية-رحمه الله- سب الرسول ﷺ بقوله: «هو الكلام الذى يقصد به الانتقاص والاستخفاف، وهو ما يفهم منه السب فى عقول الناس على اختلاف اعتقاداتهم: كاللعن والتقبيح =

فإذا أسلم قاذف نبى من الأنبياء صلوات الله تعالى عليهم فهل يسقط عنه القتل؟ قال أبو بكر الفارسى[١] من أصحابنا: لا يسقط وإن أسلم؛ لأن حد من قذف نبيًّا القتل، والحد لا يسقط بالإسلام. والأصح عند الأصحاب: أنه كفر، وأن له حكم المرتد فيسلم ويرجع ولا شيء عليه.

[وقوله فى الحاوى: كفر المسلم المكلف فعلًا أو قولاً عنادًا أو استهزاءًا أو اعتقادًا فيه صريحًا، فيه أمران:

أحدهما: لم يذكر النية وهى أعظم أركان الكفر.

الثانى: قوله صريحًا.

قال شراحه: إن «صريحًا» صفة لقوله: فعلًا أو قولاً، وبينوا الصريح من القول والفعل ولم يبينوا غير الصريح، والصريح قد يراد به ضد الكناية وقد يراد به ضد التعريض وقد يراد به ضد المنسوب، وليس فى الكفر كناية تحتاج إلى نية؛ لأن نية الكفر وحدها كفر لا تحتاج إلى لفظ يثبت حكمها معه، والتعريض بسبب الله تعالى ورسوله كفر، والكلمة التى يقصد بها الكفر وغيره كفر وإن كانت منسوبة، ولعله أراد بالصريح من القول ما يظهر للمجتهد أنه كفر، وأما الغزالى والنووى فلم يذكر الصريح إلا فى الاستهزاء][٢].

وقوله: ويستتاب، ثم قتل حالاً لا إن تاب ولو زنديقًا، ونوظر لحل شبهة وينفق وممونه ويقضى دينه، ولغا تصرف لا يوقف.

أى: وتجب استتابه المرتد؛ لأنه كان محترمًا بالإسلام، ولأنه روى عن النبى ﷺ استتابة

= ونحوه، وهو الذى دل عليه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ الآية[الأنعام:١٠٨].

وقد اتفق أكثر العلماء على كفر من سب الرسول ﷺ ونقل بعضهم الإجماع على ذلك.

ولكن ما حكم ساب الرسول ﷺ هل يحد أم لا؟

للعلماء فى ذلك رأيان:

الرأى الأول: ذهب الحنفية والمالكية، وظاهر مذهب أحمد، وهو قول ابن تيمية:

أن ساب الرسول يقتل تاب أو لم يتب، ولكنهم فرقوا بين التائب وغير التائب، فقالوا: التائب يقتل حدا، وغير التائب يقتل كفرا، فالتوبة-على هذا-لا تدرأ عن ساب الرسول عليه الصلاة والسلام الحد فى الدنيا.

الرأى الثانى: ذهب إليه أصحابنا الشافعية، والظاهرية، ورواية عن أحمد، وقول للحنفية: أن حكم ساب الرسول ﷺ حكم المرتد، فإن لم يتب وإلا قتل.

(١) هو: أحمد بن الحسين بن سهل، أبو بكر الفارسي، من تصانيفه: كتاب «الانتقاد علي المزني» وكتاب «الخلاف» معه وهو صاحب «عيون المسائل في نصوص الشافعي»، وهو كتاب جليل على ما شهد به الأئمة الذين وقفوا عليه، تفقه على ابن سريج، توفي في حدود سنة خمس وثلاثمائة.

تنظر ترجمته في: طبقات ابن قاضي شهبة (١/ ١٢٣)، طبقات الفقهاء للعبادي ص(٤٥).

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

رجل ارتد أربع مرات.

وأنكر عمر - رضى الله تعالى عنه - على أبى موسى الأشعرى ترك استتابة رجل قتله للردة(١)، وسواء كانت ردته زندقة أو غيرها، والزنديق: من يخفى كفره ولا يعتقد ديننا؛ لقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

ولقوله ﷺ لأسامة لما قتل من تكلم بكلمة التوحيد، وقال: إنما قالها فرقًا منى: «هلا شققت عن قلبه؟!»(٢) واشتد إنكاره عليه حتى ود أنه لم يسلم إلا حينئذ، ولأنه لا يبعد أن يظهر الحق للزنديق، هذا هو الأصح.

وقيل: لا يقبل إسلام الزنديق(٣)؛ لأن التقية عند الخوف عين الزندقة. وقيل: إن كان

---

(١) أخرجه الشافعى (٢٨٦-ترتيب المسند) ومن طريقه البيهقى فى المعرفة (٦/ ٣٠٩).

(٢) أخرجه البخارى (٤٢٦٩) ومسلم (١٥٨/ ٩٦).

(٣) والزندقة: مذهب الثنوية، وهو معرب، الواحد: زنديق، والجمع: زنادقة، وكان مذهب قوم من قريش فى الجاهلية، والثنوية يزعمون أن مع الله إلها ثانيا - تعالى الله عن ذلك - ذكر هذا فى شمس العلوم لنشوان الحميرى.

والمشهور: أن الزنديق: الذى يظهر الإسلام ويخفى الكفر، كالمنافق، قال الأزهرى: والذى يقول الناس: زنديق، فإن أحمد بن يحيى زعم أن العرب لا تعرفه، قال: ويقال: رجل زندق وزندقى، إذا كان بخيلا

والزنديق: هو الذى يظهر الإسلام ويبطن الكفر، فمتى قامت بينة أنه تكلم بما يكفر به، فإنه يستتاب، فإن تاب، وإلا قتل، فإن استتيب فتاب، قبلت توبته.

وقال بعض الناس إذا أسلم المرتد لم يحقن دمه بحال؛ لقوله ﷺ: «مَنْ بَدَّل دِينَهُ، فاقتلوه»، وهذا قد بدل.

وقال مالك، وأحمد، وإسحاق: لا تقبل توبة الزنديق ولا يحقن دمه بذلك، وهى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة، والرواية الأخرى عنه: كمذهبنا.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُواْ وَلَقَدْ قَالُواْ كَلِمَةَ ٱلْكُفْرِ وَكَفَرُواْ بَعْدَ إِسْلَٰمِهِمْ وَهَمُّواْ بِمَا لَمْ يَنَالُواْ وَمَا نَقَمُوٓاْ إِلَّآ أَنْ أَغْنَىٰهُمُ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ مِن فَضْلِهِۦ فَإِن يَتُوبُواْ يَكُ خَيْرًا لَّهُمْ...﴾ [التوبة: ٧٤]. فأثبت الله لهم التوبة بعد الكفر وبعد الإسلام.

وروى أن النبى ﷺ قال: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا: لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، فَإِذَا قَالُوهَا، عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا»، وهذا قد قالها.

وروى عبيد الله بن عدى بن الخيار، أن رجلًا سارَّ النبى ﷺ فلم ندر ما سارَّه به حتى جهر النبى ﷺ بصوته، فإذا هو قد استأذنه فى قتل منافق، فقال النبى ﷺ: «أليس هو يشهد أن لا إله إلا الله؟ فقال: بلى ولا شهادة له، فقال: أليس يصلى؟ فقال: بلى ولا صلاة له، فقال النبى ﷺ: أولئك الذين نهانى الله عن قتلهم».

وروى المقداد - رضى الله عنه - قال: يا رسول الله، - صلى الله عليك وسلم -: أرأيت لو أن مشركًا لقينى فقاتلنى وقطع يدى، ثم لاذ عنى بشجرة، فقال أسلمت لله، أفأقتله؟ فقال: لا، قال: فقد قالها بعد ما قطع يدى، فقال: إنما هو مثلك قبل أن تقتله».

ولأن المنافقين فى زمان النبى ﷺ كانوا يظهرون الإسلام، ويُسِرُّون الكفر، وكان النبى ﷺ =

داعيًا إلى الضلال لم يقبل منه[1]. وقيل: يمهل ثلاثًا أو يستتاب فى الحال فإن تاب وإلا قتل؟ فيه قولان: أظهرهما الثانى، ثم إسلام من ارتد بجحد الإسلام أن يأتى بالشهادتين، وإسلام من ارتد بجحد فرض أو استباحة محرم أن يأتى بالشهادتين، ويرجع عما اعتقده.

وأما الوثنى والثنوى فيكفيه: لا إله إلا الله، فإذا قالها حكمنا بإسلامه وأجريناه على سائر أحكام الإسلام.

وإن كان مقرًا بالوحدانية منكرًا لنبوة محمد ﷺ فإسلامه بالشهادتين، فإن كان يعتقد أن محمدًا ﷺ مبعوث إلى العرب خاصة لم يكفه حتى يقول: وأن محمدًا رسول الله إلى الخلق كافة، أو يبرأ من كل دين يخالف دين الإسلام.

ولو قال كافر: أنا منكم أو أنا مسلم أو آمنت أو أسلمت، لم يصح إسلامه. فلو قال: آمنت بالله أو أسلمت لله، حكم بإسلامه. ولو أقر كافر بوجوب الصلاة أو بوجوب صيام رمضان، حكم بإسلامه وأجبر على الشهادتين وسائر الأحكام الإسلامية.

والضابط: أن كل ما يصير بجحده المسلم كافرًا إذا أقر به الكافر المعتقد خلافه حكم بإسلامه، وإن سأل المناظرة لحل شبهة، فهل يجاب إلى ذلك ويمهل، أو يقال له: أسلم أولًا ونحن نزيلها عنك؟ وجهان:

قال الرافعى: الذى حكاه[2] الرويانى عن النصر هو الأول، واستبعد الخلاف فيه، وحكى تصحيح الثانى عن الغزالى.

ووقع فى بعض نسخ الروضة: وحكى الرويانى الثانى عن النصر[3]، قال الأذرعى وغيره: وهو سبق قلم. قلت: ورأيته مُصْلَحًا[4] فى الروضة كما قاله الرافعى بخط شيخنا جمال الدين الريمى رحمه الله تعالى. وقال فى الروضة عقيبه: وعن أبى إسحاق أنه لو قال: أنا جائع فأطعمونى وناظرونى، أجبناه. انتهى.

وينفق عليه وعلى زوجاته الموقوف نكاحهن وكذا على أقاربه على الأصح، وتقضى

= يعرفهم بأعيانهم، والآيات تنزل عليه بأسمائهم وكناهم، ولا يتعرض لهم.

(١) فى أ: إن كان داعيا إلى الصلاة لم يقتل.

(٢) فى ط: حكى.

(٣) هو: محمد بن أحمد بن نصر، أبو جعفر الترمذي، الإمام الزاهد الورع، سكن بغداد وكان شيخ الشافعية بالعراق قبل ابن سريج، مولده فى ذى الحجة سنة مائتين، كان حنفيًا ثم صار شافعيًا؛ لمنام رآه. قال الدارقطنى: ثقة مأمون ناسك. له فى المقالات كتاب سماه «اختلاف أهل الصلاة» فى الأصول. توفى فى المحرم سنة خمس وتسعين ومائتين.

تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ٨٢)، طبقات السبكى (٢/ ١٨٧).

(٤) فى ط: ملخصًا.

ديونه اللازمة قبل الردة وكذا ما أتلفه بعدها على الأصح. وأما تصرفاته فما كان يقبل الوقف كالوصية والعتق والطلاق كان موقوفًا.

وما كان لا يقبله على الأظهر كالبيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات المالية حكم ببطلانه من الآن.

[وقوله فى الحاوى: وتجب استتابة، إلى قوله وينفق عليه - فيه أمور:

أحدها: أنه ذكر الاستتابة ولم يذكر أنه يقتل وكان ينبغى ذكره وإن كان معلومًا من المذهب، ولعله اكتفى بذكر قتل تارك الصلاة مع أنه لم يذكر فى مثله الاستتابة، كأنه اكتفى بالاستتابة هنا عنها هناك وبالقتل هناك عنه هنا.

الثانى: قوله: بلا مهل ومناظرة، هذا ما صححه الغزالى، وقد حكينا أن المنصوص الذى حكاه الرويانى أنه يناظر، وأن الرويانى استبعد الخلاف فيه، وأن أبا إسحاق قال: يجاب إلى ذلك.

الثالث: قوله: وولده مسلم، الصحيح أن ما انعقد بعد ردة أبويه فى الردة غير مسلم. قال النووى فى الروضة: وبه قطع جميع العراقيين، وحكى عن القاضى أبى الطيب فى المحرر أنه قال: ولا خلاف فى المذهب فيه، وإنما الخلاف فى أنه كافر أصلى أو مرتد، والأظهر أنه مرتد. انتهى.

الرابع: قوله: وينفق عليه، لم يتعرض لإنفاق من تلزمه نفقته وفيه خلاف، قال فى الروضة: الأصح عند الجمهور أنه ينفق عليه أى على زوجته وأقاربه، وإن قلنا بزوال ملكه، وقد أخرت فى الإرشاد ذكر حكم ولده عن موضعه قليلًا][1].

وقوله: وصدق فى إكراه إن شهدا بموجب ردة أو بهما فبمخيلة له كأسر لا فى تكذيب.

أى: وإذا شهد عليه بأنه تكلم بكلمة الكفر، أو أنه سجد لصنم وما أشبه ذلك من موجبات الكفر، ثم قال: فعلت ذلك مكرهًا - صدق؛ لأنه ليس فيه تكذيب للشهود.

وإن شهدا عليه بالردة وبينا السبب بأن قالا: نشهد بأنه ارتد بالسجود للصنم، أو بقوله كذا وكذا مما هو كفر - لم يصدق؛ لما فيه من تكذيب الشهود؛ فهو كما لو قال كذبًا. إلا إن كان هناك مخيلة كأسر كفار ونحوه، أو كان بين كفار لهم قوة يخاف عيانه ذلك؛ لأن المخيلة تشهد بصدقه.

ولو شهدا بالردة المطلقة فهل تقبل أم لا بد من التفصيل؟ قال فى العزيز والروضة: فيه

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

قولان:

الأظهر القبول، وأما الغزالى فى الوسيط فقال: لا ينبغى أن تقبل الشهادة مطلقة؛ لأن الناس فى التكفير مذاهب مختلفة، وخصص ذلك بما إذا حكى كلمة الردة، ولم يقل: ارتد.

واعترض الأذرعى وجماعة من المتأخرين على الرافعى، وقالوا: كيف يجب عليه أن يبين السبب فيما إذا أخبر بنجاسة الماء لاختلاف العلماء فيه، ولا يُوجب عليه أن يفصل الشهادة بالردة المطلقة والخطر فيها أعظم؟!

وقد نصوا على أنه لو قال: مات أبى كافرًا، أنه يستفصل على الأظهر؛ لأنه قد يظن ما ليس بكفر كفرًا، فإن ذكر ما يوجب ردة لم يرث منه، وإلا ورَّثناه، وهذا أولى أن يحتاط له بالتفصيل من الوارث الذى لا بأس بمؤاخذته بإقراره، ونقل عن أكثر الأصحاب وجوب التفصيل، وأطلق فى الحاوى ولم يتعرض للاستفصال، ولو قال: كذب الشهود، أو قال: ما ارتددت - لم يقبل قوله، ولم يلتفت إليه.

وقوله: وولد ردتهما تابع وقرر ولد معاهد نقض وخير من بلغ ونصيب مكفر مورثه فىء إن فصل.

أى: وإذا حدث بين المرتدين حمل حادث فى الردة فحكمه حكم أبويه، فإن ماتا بعد وضعه مرتدين فهو مرتد ولا يرث من مالهما شيئًا، ولا يجوز استرقاقه كالمرتد، ويستتاب إذا بلغ، فإن تاب وإلا قتل. هذا هو الصحيح وقد سبق الكلام عليه قبلها. وفيه قولان آخران: أحدهما: أنه مسلم لبقاء علقة الإسلام به. والثانى: أنه كافر أصلى فيجوز استرقاقه. وأما ما حملت به قبل ردتهما أو قبل ردة أحدهما فهو مسلم قطعًا تغليبًا لحكم الإسلام.

وإذا حكمنا بردته ثم أسلم أحد أبويه وهو صغير تبعه فى الإسلام، وأما أم محمد بن الحنفية فقد قيل: إنها كانت أمةً لبعض المرتدين، فلما قتل على ردته صارت فيئًا، وخرجت لعلى بن أبى طالب، كرم الله وجهه.

وإذا نقض المعاهد أو الذمى العهد ولحق بدار الحرب وله ولد عندنا، لم يجز استرقاقه على الصحيح؛ لأنه قد ثبت له العهد تبعًا لوالديه، فلا ينتقض بنقضه، فإذا بلغ خيرناه: إن شاء بلغناه المأمن، وإن شاء عقدنا له على الجزية، وتبليغه المأمن أن يمنعه من المسلمين ومعاهديهم حتى يبلغ دار الحرب.

وإذا مات معروف بالإسلام وخلف ولدين مسلمين، فقال أحدهما: مات أبونا كافرًا:

فإن بين كيف كان كفره، وكان كفرًا، لم يرثه، وصرف نصيبه إلى بيت المال، وإن لم يكون كفرًا صرف إليه.

وأطلق فى الحاوى أن نصيبه فىء، ولم يتعرض للاستفصال، والأظهر كما ذكره فى العزيز والروضة ما ذكرناه.

وقوله: وحكم بكفر مكره خلص وأمر فلم يجدد، ولا يحكم بإسلام مصل إلا مرتد بدار حرب.

أى: وإذا أكره أسير أو غيره فى دار الحرب، لم نحكم بكفره؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] فإن مات فى دار الحرب مات مسلمًا يرثه المسلمون ويرثهم، فإذا رجع إلى دار الإسلام فالمستحب أن يعرض عليه الإسلام، فإن عرض عليه فامتنع أن يجدد الإسلام حكمنا بصحة كفره من يومئذ، وإن لم يعرض عليه ومات قبل أن يعلم حاله فهو كما لو مات قبل عوده إلينا. ولو ارتد الأسير أو غيره طوعًا وصلى نظرت:

فإن كان فى دار الإسلام لم نحكم بإسلامه؛ لاحتمال التقية.

فإن صلى فى دار الحرب حكم بإسلامه لأنه لا تقية هناك.

وأما الكافر الأصلى إذا صلى لم يحكم بإسلامه، وهذا إذا لم يسمع منه التشهد، والفرق: أن للمرتد علقة بالإسلام، والحربى ليس له علقة به يعود إليها، ويبعد أن يجعل صلاته افتتاح الإسلام.



باب حد الزنى[1]

وقوله: يجلد الإمام حرًا مكلفًا مائة: بإيلاج فرج فى فرج بلا إحصان، أو به ووطء فى دبره لا لبهيمة وميت محرم، لا لعارض كحيض وتزويج أمة، وإن أبيح وأجر ونكح محرم كدبر حرم قبله ولو بصغر.

أى: اعلم أن الزنى من الكبائر؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢]. والحد واجب فيه بالنص والإجماع[2].

ولا يتولاه على الأحرار إلا الإمام أو نائبه[3]، فيجب على المكلف الحر إذا زنى وهو

---

(١) يمد ويقصر: مصدر «زنى» الرجل، يزنى زنى وزناء: فجر، وزنت المرأة - تزنى زنى وزناء -: فجرت، وزانى مزاناة وزناء - والمرأة تزانى مزاناة وزناء - أى: تباغى.

والقصر: لغة أهل الحجاز؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ﴾ [الإسراء: ٣٢]، والمد: لغة أهل نجد وبنى تميم؛ قال الشاعر:

أما الزناء فإنى لست قاربه ... والمال بينى وبين الخمر نصفان

وقال الفرزدق:

أبا حاضرٍ من يزن يُعْرفْ زناؤه ... ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

ويقال: زنى الموضع زُنُوًا: إذا ضاق، ومنه: وعاء زنى، أى: ضيق، والاسم منه الزناء، بفتح الزاى.

فأصل كلام أهل اللغة أنه مطلق الإيلاج من غير نكاح.

وأما الزنى اصطلاحا:

أولًا - تعريف الشافعية:

الزنى عند الشافعية هو: «إيلاج حشفة الذكر فى فرج محرم لعينه، مشتهى طبعا، بلا شبهة»

عرف الحنفية الزنى بأنه: «وطء مكلف ناطق طائع، فى قبلِ مشتهاةٍ، خال عن ملك وشبهته، فى دار الإسلام».

عرف المالكية الزنى بأنه: «مغيب حشفة آدمى فى فرج آخر، دون شبهةٍ حلية، عمدا».

الزنى عند الحنابلة هو: «فعل الفاحشة فى قبل أو دبر».

(٢) الحد يجب فى الزنى، وكان الحد فى الزنى فى أول الإسلام: الحبس والإيذاء بالكلام، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَالَّٰتِى يَأْتِينَ الْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، قال أكثر أصحابنا: المراد بالحبس للثيب، والمراد بالأذى بالكلام للأبكار من الرجال والنساء، بدليل قوله تعالى: ﴿وَالَّٰتِى يَأْتِينَ الْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ١٥] فأضافهن إلينا، وأراد بذلك من أُحْصِنَّ بكم؛ إذ لا فائدة فى إضافة ذلك إلى الزوجات إلا اعتبار الثيوبة.

ولأن الله - تعالى - جعل حد الثيب فى الانتهاء أغلظ من حد البكر؛ فدل على أن حد الثيب فى الابتداء كان أغلظ أيضًا.

وقال أبو الطيب بن سلمة: لم تتناول الآية الثيب قط؛ وإنما المراد بالحبس: الأبكار من النساء، وبالأذى بالكلام: الأبكار من الرجال.

وقد نسخ الحد بالحبس والأذى، فجعل حد البكر: الجلد؛ لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِى فَاجْلِدُوا كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] وجعل حد الثيب الرجم، وهو إجماع الأمة، إلا قومًا من الخوارج؛ فإنهم قالوا: لا يرجم الثيب، وإنما يجلد.

غير محصن جلد مائة وتغريب عام[١].

وعلى الرقيق نصفهما، أى: جلده خمسين وتغريبه ستة أشهر، وإليه الإشارة بقوله: بعد نصفهما، أى: نصف جلد الحر وتغريبه[٢].

وأما المحصن فحده الرجم، وسيأتى، وقد ضبط ما يوجب الحد بهذا الضابط.

فخرج بقوله: بإيلاج، الوطء فيما دون الفرج، وإتيان المرأة المرأة، ودخل بقوله: فى فرج، المفعول فيه أيضًا. والفرج يقع على القبل والدبر. فيجلد فى اللواط[٣] الفاعل والمفعول به ويغربان، فإن كان إحصان رجم الفاعل فقط، ويجلد المفعول فيه على الأصح.

---

(٣) فى أ: أو نائبه.

(١) إذا زنى البكر - أو زنت البكر - فإن كان حرًّا، كان حده مائة جلدة؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖ﴾ [النور: ٢]، ويغربان سنة، وبه قال أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلى - رضى الله عنهم - وإليه ذهب الثورى، وابن أبى ليلى، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة، وحماد: التغريب ليس حدًّا على الرجل ولا على المرأة؛ وإنما هو على سبيل التعزير؛ إن رأى الإمام فعله، وإلا لم يجب التغريب على الرجل ولا المرأة.

وقال مالك: يجب التغريب على الرجل دون المرأة؛ لأن المرأة عورة فلا تغرب.

(٢) العبد والأمة، إذا زنيا، فإنه يجب على كل واحد منهما خمسون جلدة، سواء تزوجا أو لم يتزوجا، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد.

وقال ابن عباس: إن لم يتزوجا، فلا حد عليهما، وإن تزوجا - يعنى: وطئا فى نكاح صحيح - فحد كل واحد منهما إذا زنى خمسون جلدة، وبه قال طاوس، وأبو عبيد القاسم بن سلام.

وقال داود: إذا تزوجت الأمة، ثم زنت، وجب عليها خمسون جلدة، وأما العبد إذا زنى، فيجب عليه مائة جلدة تمسكًا بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ الآية [النور: ٢]، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، أى: بالإسلام، أو العقل، أو البلوغ؛ كما تقدم ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ أى: الحرائر؛ فأوجب فى كل زانٍ جلد مائة، وخص الأمة بالاقتصار على خمسين فبقى فيما عداها على موجب الأول.

(٣) اللواط محرم، وهو من الكبائر؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ﴾ [النمل: ٥٤]، فسماه: فاحشة، وقد قال الله - تعالى - ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأعراف: ٣٣].

وقال - تعالى -: ﴿أَتَأْتُونَ ٱلذُّكْرَانَ مِنَ ٱلْعَٰلَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُمۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ﴾ [الشعراء: ١٦٥-١٦٦]، فوبخهم الله - تعالى - على ذلك، وسماهم بذلك: عادين.

ولأن الله - تعالى - عاقب على هذا الفعل فى الدنيا بما لم يعاقب على ذنب؛ قال الله - تعالى -: ﴿فَلَمَّا جَآءَ أَمْرُنَا جَعَلْنَا عَٰلِيَهَا سَافِلَهَا﴾ [هود: ٨٢].

وروى حذيفة أن جبريل - عليه الصلاة والسلام - احتمل أرضهم فرفعها حتى سمع أهل السماء الدنيا صوت كلابهم، وأوقد تحتهم نارًا وقلبهم عليها.

وروى معاوية بن قرة، أن النبى ﷺ قال لجبريل: ما أحسن ما أثنى عليك ربك بقوله: ﴿ذِي قُوَّةٍ عِندَ ذِي ٱلْعَرْشِ مَكِينٖ مُّطَاعٖ ثَمَّ أَمِينٖ﴾ [التكوير: ٢٠-٢١]، فما قوتك وما أمانتك؟ فقال جبريل: أما أمانتى: فما أمرت بشىء قط عدوت به إلى غيره، وأما قوتى: فهو أنى قلعت مدائن قوم لوط من الأرض السفلى، وكانت أربع مدائن فى كل مدينة أربعمائة ألف مقاتل سوى الذرارى، =

ويغرب، رجلًا كان أو أمرأة، محصنًا كان أو غير محصن، وإليه الإشارة بقوله فى الأصل: وبه ووطء فى دبره، أى: وبالإحصان يجلد ويغرب إذا كان الوطء فى دبره؛ لأن الدبر لا يمكن تحصينه لكونه لم يحل قط.

والقبل يتحصن بالحلال من الوطء، وفى قول: حدهما القتل وإن كانا بكرين. واختلف فى كيفية قتلهما، فقيل: بالسيف.

وقيل: بالرجم، وقيل: بهدم جدار عليهما، أو يرمى من شاهق.

وقد أخرج من الحد فرج البهيمة والميت بـ «لا» النافية؛ فلا حد على من أولج فى فرج البهيمة على الأظهر، بل يعزر.

وفى قول: يقتل، وفى قول: كالزنى.

ولا يجب على من أولج فى ميت إلا التعزير، وقيل: يحد.

وفى قتل البهيمة ثلاثة أوجه: أصحها: تقتل المأكولة وإن وطئها فى الدبر على الأصح، والأصح أنه يحل أكلها.

ولو مكنت المرأة قردا فكالرجل يأتى البهيمة فيها الخلاف السابق.

واشترطوا أن يكون الفرج محرمًا لعينه كفرج الأجنبية، لا لعارض كفرج زوجته وأمته فى حال الحيض والإحرام والعدة، وفرج أمته المزوجة؛ فإن الإيلاج فيه لا يوجب حدًا لشبهة الملك، فإن أبيح الفرج بأن أباحت فرجها للرجل أو أباحه المالك للضيف والمرتهن، لم يسقط عنه الحد.

وكذا إذا استأجرها للوطء أو تزوج المحرم أمًّا كانت أو غيرها، فكل ذلك لا ينتهض شبهة.

وقد مثل للإيلاج المحرم الموجب للحد بقوله: كدبر حرم قبله، فيدخل كل دبر من العبد المملوك وغيره ممن يحرم قبله لعينه، امرأة كانت أو ذكرًا.

ويدخل دبر المملوكة من المحارم، فإنه يوجب الحد على المذهب كما نقله ابن الرفعة عن البحر المحيط وسكت عليه، قال الأذرعى: وقد ينازع فيه، قلت: الظاهر ما نقل ابن الرفعة؛ لأن العلة فى سقوط الحد بالوطء فى قبلها شبهة الملك المبيح فى الجملة، وهو فى الجملة لم يبح دبرًا قط.

= فهويت بها فى الهواء حتى سمع أهل السماء الدنيا صياح الدجاج ونباح الكلاب، ثم ألقيتها.

وروى ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «لَعَنَ الله مَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ، لَعَنَ الله مَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ، لَعَنَ اللهُ مَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ، مَنْ وَجَدتُّمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَاقْتُلوا الفَاعِلَ وَالمَفْعُولَ بِهِ».

وروى عنه ﷺ أنه قال: «أَوَّلُ مَنْ لَاطَ إِبْلِيسُ: أُهْبِطَ مِنَ الجنَّةِ فَرْدًا لَا زَوْجَةَ لَه؛ فَلَاطَ بنَفْسِهِ؛ فكَانَتْ ذُرِّيَّتُهُ منه».

وأجمع المسلمون على تحريمه.

وأما الزوجة والمملوكة الأجنبية فسائر جسدها مباح للوطء فانتهض شبهة فى الدبر، والوثنية كالمحرم، ولا يعترض بالزوجة فإن تحريمها لعارض كالحيض.

وسواء كان المكلف مولجا فى فرج صغير، أو الصغير فى فرج المكلف - فإن الحد يجب على المكلف منهما.

وقوله: لا بكره وظن حل وتحليل عالم كنكاح متعة ولا قبل مملوكة حرمت بنحو محرمية وشركة وأمة فرع.

أى: اعلم أن قوله: محرم لا لعارض، شمل المكره ومن حرم فرجها لعينه مع الملك، كالأم والأخت من النسب والرضاع ونحو ذلك.

فأخذ يخرج عنه من لا حد عليه فقال: لا بكره، أى: لا من أولج أو أولج فيه مكرهًا؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1]. أما إكراه المرأة فقطعًا، وأما إكراه الرجل، ففيه خلاف، والأصح أنه يسقط عنه به الحد. وقيل: لا يتصور الإكراه مع الانتشار؛ لأنه دليل الاختيار، وليس ذلك بمسلم فإن الانتشار بالطبع لا بالاختيار، فعلى هذا: لو أولجه المكره غير منتشر سقط الخلاف، وكذا إذا وطئ مملوكته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، فإنه يسقط عنه الحد؛ لشبهة الملك المبيح فى الجملة.

وكذلك الأمة المشتركة والكافرة كفرًا يحرم الوطء كالمجوسية والوثنية، وكما إذا أولج فى أمة ابنه لا يجب الحد، أما إذا أحبلها؛ فلأن الملك ينتقل إليه، وأما إذا لم يُحبل؛ فلأن له فى ماله شبهة الإعفاف، وكذلك إذا ظن أنها تحل له، بأن ظنها زوجته أو مملوكة له غير محرمة العين، فإن ظنها مملوكة له محرمة عليه بمحرمية أو شركة فهل يسقط الحد عنه؟ فيه تردد للإمام أورده الرافعى: أحدهما: لا حد؛ لأنه ظن ما أسقطه، والثانى: أنه يحد؛ لأنه علم التحريم وإنما جهل وجوب الحد، فكان من حقه أن يمتنع، قال فى الروضة: قلت: هذا الثانى هو الظاهر الجارى على القواعد، والذى ذكره الرافعى عن الإمام هو فى المشتركة فقط، لكن المحارم أولى بإيجاب الحد. وكذلك ما قال بحله عالم بشبهة، فإذا تزوج امرأة بلا ولى فلا حد لمذهب أبى حنيفة، وكذلك إذا تزوجها بلا شهود لمذهب مالك، وكذلك نكاح المتعة لمذهب ابن عباس، ولم يعتد بخلاف عطاء فى إباحة وطء الجوارى المعارة، لأنه لم يثبت عنه، ولظهور ضعفه فيحد المرتهن بوطء المرهونة بإذن الراهن إذا لم يظن الحل.

[وقوله فى الحاوى: بإيلاج فرج فى فرج، إلى قوله: دون ولى وشهود - فيه أمور: أحدها: قوله «بلا ملك» لا حاجة إليه؛ لأنه أورده ليشمل نحو المملوكة المحرمة

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣) عن أبى ذر (٢٠٤٤) وعن أبى هريرة، (٢٠٤٥) وعن ابن عباس بنحو حديث الباب، وقال الحافظ فى التلخيص (١/٥١١): - تكرر هذا الحديث فى كتب الفقهاء والأصوليين بلفظ: - ((رفع عن أمتى)) ولم نره بها فى الأحاديث المتقدمة عند جميع من أخرجه.

بمحرمية ونحوها، لكنه دخل فيه دبر المملوكة فاحتاج إلى استثنائه من الحد، ولو ترك قوله «بلا ملك» لم يدخل، وكان يعينه فى الاحتراز عن نحو المحارم استثناؤهن المذكور فى الأصل.

الثانى: قوله «وظن» يدخل فيه ما إذا ظن الأجنبية مملوكته المحرمة عليه بمحرمية أو شركة؛ فإنه وإن كان لا حد عليه فى وطئها فإن الحد لا يسقط عنه بظن موطوئته إياها؛ لأنه يعلم أنها محرمة عليه على ما ذكره النووى أنه الظاهر الجارى على القواعد، وقد ذكرناه فى شرح المسألة هذه.

الثالث: قوله «ولو صغيرة» قال ابن النحوى: لو قال: ولو صغيرًا، لكان أحسن؛ فإن أبا حنيفة وافق فيها دون العكس.

الرابع: قوله «أو نكح الأم» يوهم التخصيص؛ لأنه قد جرت عادته بالتمثيل الأبعد وهو لو نكح الأخت من الرضاع فالحكم كذلك.

الخامس: قوله: «كدبر المملوكة لا الزوجة والمملوكة المحرمة» الظاهر أنه عطف قوله: «لا الزوجة» على «المملوكة» وأراد: لا دبر الزوجة؛ لأنه لا يعلم استثناء دبرها إلا بهذا التقدير، والمملوكة إن عطفها عليه فهو تصريح بأن دبر المملوكة من المحارم كقبلها لا حد فيه، وقد بينا نقل ابن الرفعة عن المحيط أن المذهب وجوب الحد وتقديره إياه، وإن عطفها على الدبر وأراد: لا كالمملوكة، على حذف المضاف، أى: لا بفرج المملوكة - دخل أيضًا الدبر: لأنه فرج.

السادس: أنه لم يتعرض لأمة الابن، ومقتضاه الحد بها؛ لأنها ليس فيها ملك ولا ظن ملك ولا تحليل عالم، وهى لا حد عليه إذا وطئها بالشبهة ووجوب الإعفاف][1].

وقوله: ويغربه وسقط لا جلد برجم عامًا وِلاءً وامرأة بنحو محرم رضى والأجرة منها حد بعد رآه وعن بلده، فإن عاد جدد، وذا رق نصفهما.

أى: يجلد الإمام غير المحصن ويغربه؛ لحديث عبادة بن الصامت: «والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[2].

ويجب موالاة السنة على الأصح، فلا تفرق كما لا يفرق الضرب، ويجوز تقديم التغريب على الجلد كما قاله فى العزيز والروضة.

ولا تغرب المرأة إلا مع محرم أو زوج أو نسوة ثقات كما فى الحج، فإن امتنع المحرم من الخروج معها لم يجبر على الأصح.

وإن طلب أجرة فعليها، لا على بيت المال على الأصح، وعند امتناعه يؤخر النفى حتى

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) أخرجه مسلم (١٢/ ١٦٩٠) وأبو داود (٥/ ٤٤)، (٦/ ٤٤) والترمذى (١٤٣٤).

يتيسر من يخرج معها، ثم يجب التغريب إلى حد البعد وهو مسافة القصر؛ لأن ما دونها فى حد القرب.

والرأى إلى الإمام فى الزيادة على مسافة القصر فى جهة التغريب؛ لأن عمر رضى الله تعالى عنه غرب إلى الشام، وعثمان إلى مصر، والمراد بالتغريب إيحاشه؛ فلا تكون الخيرة فى الجهات إليه.

فإن زنى غريب اشترط تغريبه المسافة البعيدة عن البلدين: بلده وبلَد زناه، فليكن بينه وبين كل منهما مرحلتان، وإليه الإشارة بقوله: وعن بلده.

وهذا التغريب إنما يجب إذا لم يثبت أنه زنى ثانية وهو محصن، فإنه حينئذ يجلد للأول ويرجم للثانى، ويسقط التغريب؛ لأنه يقع ضمنًا.

ولا يسقط الجلد لاختلاف الجنس على الأصح، فلو زنى البكر فى أثناء التغريب بعد الجلد جلد وغرب سنة، ودخل الباقى فيها؛ لأنهما جنس واحد فيتداخلان. فإن عاد إلى البلد الذى غرب عنه(١) استؤنفت المدة على الأصح.

أما الرقيق وكذا من فيه رق كالمبعَّض وأم الولد والمكاتب فلا يلزمه إذا زنى إلا خمسون جلدة وتغريب ستة أشهر بكرًا كان أو ثيبًا، وإليه الإشارة بقوله: نصفها، أى: نصف الجلد والتغريب.

[وقوله فى الحاوى: والذمى ودخل فيه حد البكر، إلى قوله: فإن كان عاد - فيه أمور:

أحدها: قوله: ودخل فيه حد البكر، الأصح فيما ذكره الرافعى والنووى أنهما لا يتدخلان قال فى الروضة وبه قال ابن الحداد، وقال الشيخ أبو على: إنه ظاهر المذهب، هذا لفظه فى باب اللعان، وكذا قطع به صاحب الحاوى فى باب اللعان فاختلف كلامه.

الثانى: قوله: ولا يجلد للشرب، يعنى الذمى، وقد كررها؛ لأنه ذكرها أيضًا فى باب حد الخمر.

الثالث: قوله: والمرأة بمحرم، اقتصر على المحرم والزوج كالمحرم وكذا النسوة الثقات، قال الرافعى: وقد يكتفى بالمرأة وهو كما فى الحج.

الرابع: قوله: مرحلتى جهة شاء، اقتصر على مرحلتين، ومقتضاه أنه يجوز الزيادة عليهما وهو وجه، والأصح أن الإمام إذا رأى الزيادة زاد.

الخامس: قوله: لا بلده، هذا فى غريب زنى فيغرب بمرحلتين من بلد زناه إلى أى جهة شاء الإمام، وقال: لا بلده، فإما أن يكون أراد أنه لا يغرب إلى بلده أو لا يغرب إلى جهة بلده، وكله قد لا يفهم اشتراط أيكون بينه وبين بلده أيضًا مرحلتان، وذلك شرط كما سبق بيانه.

---

(١) فى أ: منه.

السادس: قوله: فإن عاد إليه، قد لا يفهم منه أنه يستأنف المدة، والأصح كما ذكره الرافعي والنووى: أن يستأنف المدة؛ لأن المولاة شرط][1].

وقوله: ويرجمه إن أحصن كاملاً بإيلاج فى نكاح صحيح ولو ذميًا لم يرض إن شهد أربعة لا أنت بانت بكرًا، ولا يحد قاذفها وإن ثبت إكراهه لها وبكارتها فمهر لا حد أو أقر ما لم يرجع، فإن هرب أو أبى روجع.

أى: يجلد الإمام الحر المكلف غير المحصن، ويرجم المحصن والمراد من أولج أو أولج فيها فى نكاح صحيح، فإن الإحصان يقع على العفيف، ويقع على المسلم المكلف وإن لم ينكح.

والمراد هنا من ذكرناه قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤]، أراد العفائف.

وقال تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ﴾ [النساء: ٢٥] وأراد الإسلام والتكليف.

وورد بمعنى الإصابة فى النكاح فى قوله تعالى: ﴿مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [المائدة: ٥] فلهذا الحد أربعة شروط:

الأول: التكليف، فلا حد على صبى ولا مجنون.

الثانى: الحرية، فلا يرجم من فيه رق وإن قل؛ لأن الحرية شرف رادع للحر يأنف معه من العار فكانت عقوبته أعظم، ولأن طرق الحلال قد وسعت له بكونه يملك المال، ويملك العقد لنفسه من غير إذن، ويملك نكاح أربع، والعبد ليس كذلك؛ فكانت عقوبته أخف.

الثالث: الوطء فى نكاح صحيح، فلو وطئ بملك اليمين فليس بمحصن؛ لأن الملك لم يقصد لحل الوطء؛ ولهذا يملك الإنسان محارمه. وسواء حصل الإنزال بالإيلاج أم لا، ويكفيه تغييب الحشفة، ولا أثر للإصابة فى شبهة ونكاح فاسد.

الرابع: يشترط أن يكون الوطء فى حال الكمال، فلو تزوج صبى ووطئ ثم بلغ وزنى - ولم يطأ بعد البلوغ فى النكاح - لم يكن محصنًا.

وكذلك الوطء فى حال الرق، فلو كان أحد الواطئَيْن محصنًا دون الآخر رجم وحده.

وإنما قلنا: بإيلاج؛ ليدخل الذكر والأنثى، وليس من شرائط الإحصان الإسلام، فيرجم ذمى وطئ فى نكاح صحيح، سواء رضى بحكمنا أم لا.

وهذا كله إذا ثبت [الإيلاج المحرم بأربعة شهداء، وسيأتى وصف الشهود فى الشهادات، وكذا إذا ثبت][2] بإقراره لقوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

[النساء: ١٥]، ولقوله ﷺ: «واغد يا أُنَيسُ على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»[١]. فإن شهد أربعة بزناها، وشهد شاهدان أو أربع نسوة ببكارتها - سقط عنها الحد لشبهة البكارة، وسقط الحد عن قاذفها لشبهة الشهود ومن يقذفها بعد ذلك؛ لأنه قد ثبت زناها بالبينة، ورجوع البكارة ممكن فلا يوجب الحد على قاذفها بالشك، ولو شهد أربعة أنه أكرهها وأثبت بكارتها سقط الحد عنها ولزمه المهر؛ لأنه لا يثبت مع الشبهة، وهى هنا إمكان رجوع البكارة بخلاف الحد، ولا يحد قاذفه لقيام البينة عليه.

وإذا وجب الحد على من أقر بالزنى سقط الحد عنه إذا رجع، سواء رجع قبل الحد أو فى أثنائه، ولا يسقط برجوعه الحد الثابت بالبينة.

والتوبة لا يسقط بها الحد الثابت، لكنه يستحب ألا يقر الزنى بالزنا، لقوله ﷺ: «من أتى من هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله عليه، فإن من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله»[٢].

بخلاف ما إذا قتل أو قذف فإنه يجب عليه أن يقر ليستوفى منه؛ لأن حق الآدمى لا ينبى على التخفيف بخلاف حد الله سبحانه وتعالى. ولا يشترط تكرير الإقرار أربع مرات بل يكفى مرة واحدة؛ لحديث أُنيس، وأما حديث ماعز حين أقر وأعرض النبى ﷺ حتى كرر الإقرار أربع مرات، فإن الأصحاب قالوا: لم يرد النبى ﷺ منه تكرير الإقرار، لكنه ارتاب فى أمره؛ ولهذا قال له ﷺ: «أبك جنون»؟ فقال: لا[٣]، فلما علم أن لا جنون به أمرهم برجمه.

وإذا هرب المقر أو امتنع أو قال: كفوا عنى، فليكف عنه، ويراجع فإن رجع لم يرجم، وإن أصر رجم.

وقوله: بحجارة وسط وأخر جلد لا رجم وقصاص لمرض وجرح وألم وشدة حر وبرد.

أى: والذى يرجم به الزانى الحجارة الوسط المعتدلة، لا الكبيرة المذفِّفة، ولا الصغار المعذِّبة، ويستحب أن يحفر للمرأة إلى صدرها لئلا تنكشف عورتها، وإن ثبت زناها بالبينة، ولا يستحب إن ثبت زناها بالإقرار؛ ليمكنها الهرب إن رجعت، ولا يحفر للرجل لقصة ماعز، وفيها: فرميناه بالعظام والمدر والخَذْف، ثم اشتد واشتددنا خلفه حتى أتى الحرة، فانتصب لنا فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكن، فقال النبى ﷺ: «فهلا تركتموه حين

---

(١) أخرجه البخارى (٦٨٤٢-٦٨٤٣) ومسلم (٢٥/ ١٦٩٧-١٦٩٨).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

هرب»[١]، فإن وجب قصاص أو حد لله تعالى على مريض أو متألم من أثر قطع أو ضرب ونحوه، نظرت: فإن كان رجمًا لم يؤخر؛ لأن المخشى تلفُهُ، وهو المقصود برجمه. وإن كان جلدًا وجب تأخيره حتى يبرأ.

وكذلك يؤخر فى شدة الحر والبرد، وهذا فى مرض يرجى زواله، فإن كان لا يرجى زواله أو كان نِضْوًا لا يحتمل الجلد، لم يؤخر بل يضرب بعثكال عليه مائة شمراخ.

ولا يكفى وضعه عليه بل لا بد من مسمى الضرب، وينبغى أن يمسه الشماريخ كلها أو يتكبس بعضها على بعض، ولا يتعين العثكال، بل أطراف الثياب والنعال ونحوها تقوم مقامه، وإن كان الواجب على المريض ونحوه حد قذف، قيل للمقذوف: إن أخرت إلى البرء جلدنا، وإن أبيت ضربناه بعثكال ونحوه.

وقوله: ولمالك ولو كافرة ومكاتبًا حد رقيق لا مكاتب ومبعض وسماع بينة بفقه وهو أولى لا عند نزاع، وبدأ شهود برجمه بحضرة الإمام ندبًا.

أى: وللمالك أيضًا إقامة الحد على رقيقه، فإن بدر هو أو الإمام إلى حد الرقيق وقع الموقع، سواء كان المالك ذكرًا أو أنثى.

والأصح أن الفاسق والكافر يقيم الحد على عبده؛ لأن الغرض هو الاستصلاح، ومثل بالكافرة ليدخل الكافر والفاسق من طريق الأولى.

وللمكاتب إقامة الحد على رقيقه، وليس للسيد إقامته على من بعضه حر، بل يقيمه الإمام ويقيمه الشركاء بالقسط أو يوكلون.

والمدبر وأم الولد كالقن، وليس للسيد إقامته على المكاتب؛ لخروجه عن قبضته.

وقد بينا أن المراد بقوله: نصفهما: نصف الجلد والتغريب، فيغرب السيد عبده على الأصح.

وله أيضًا سماع البينة بزنى العبد، وإنما يقيمه السيد ويسمع البينة إذا عرف كيفية الحد وشروط البينة والحكم بها، والأصح: أن السيد أولى من الإمام بإقامة الحد على عبده؛ لأنه أستر، فإن نازعه الإمام فالأصح أن الإمام أولى.

ويستحب أن يبدأ شهود الزنى برجم الزانى، وأن يكون الرجم بمحضر الإمام أو نائبه.

وبقى هنا ثلاثة أمور ترد على صاحب الحاوى:

أحدها: قوله: وهرب وامتنع وطلب تركه، مقتضاه أنه لا يكف عنه فى حال الهرب

---

(١) تقدم.

والامتناع وطلب الترك.

والمعروف فى المذهب: أنه لا يتبع إذا هرب، وأنه إذا سأل أن يترك كف عنه، ثم يراجع، فإن رجع عن إقراره سقط الحد، وإن أصر عليه لم يعذر.

الثانى: قوله: أو السيد فاسقًا وامرأة ومكاتبًا، لم يذكر الكافر، والأصح أنه يقيمه على عبده كالفاسق.

الثالث - قوله: والإمام أولى، الأصح أن السيد أولى؛ إلا إذا نازعه الإمام، فحينئذ يكون أولى على الأصح.

* * *

حد السرقة[1]

وقوله: باب: تقطع كوع يمين سارق أخرج من حرز مالًا لغير بربع دينار أو زنته ذهبًا به لكل شريك يقينا عند إخراج لا مغصوبًا أو فيه أو حيث مغصوبه ومدَّعىً ولو بسارقه معه وكذبه أوْله به شبهة كشركة وظن ملك وسيد وبعض.

أى: تقطع يمين السارق من الكوع. وقد ثبت قطع يد السارق بالكتاب والسنة والإجماع[2]، قال الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وفى

---

(١) السرقة فى اللغة: فأخذ الشيء من الغير خفية، يقال: سرق منه مالا، وسرقه مالا، يسرقه سَرَقًا وسرقة: أخذ ماله خفية؛ فهو سارق.

ويقال: سرق أو استرق السمع والنظر: سمع أو نظر مستخفيا.

وأما فى الشرع:

فعند الشافعية، السرقة هى: أخذ الشيء من الغير خفية بغير حق

وعند الحنفية هى: أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ

والسرقة عند المالكية - كما عرفها ابن عرفة «أخذ مكلف حرا لا يعقل لصغره، أو مالا محترما لغيره نصابًا أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه».

وقال المازرى: هى أخذ المال على وجه الاستسرار، هذا معناها عرفا، فخرج أخذه قهرا وغصبا وحرابة وغلية وخديعة، قالوا ويرد عليه الاختلاس، ويرد عليه بعض ما أخرجه الشيخ فى قيده بالطرد وما أدخل به العكس.

فقوله رحمه الله: «أخذ» مثل عبارة المازرى فى الجنس، وهذا مناسب لاسم المصدر، وإذا أريد الاسمى يقال: المأخوذ من مكلف لا يعقل إلخ.

قوله: «مكلف» فأخرج أخذ المجنون والصبى إلى أن يحتلم أو يبلغ سن الاحتلام عادة.

والسرقة عند الحنابلة: هى أخذ مال محترم لغيره وإخراجه من حرز مثله، لا شبهة له - أى الآخذ - فيه.

(٢) السرقة حرام، ويدل لذلك الكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨]. فإن الله تعالى قد رتب وجوب قطع الأيدى على السرقة؛ عقوبة للسارق، وهذه العقوبة الشديدة لا تكون إلا على فعل محرم شرعا؛ لما فيها من شديد الإيذاء، لا سيما وأنها على جهة النكال من الله العزيز الحكيم.

وأما السنة:

فأولا: ما رواه الحاكم من حديث حجة الوداع، أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ لامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ»؛ فإنَّ نفى الحل يقتضى الحرمة؛ فأخذ مال الغير حرام، إلا إذا طابت به نفسه، والسرقة أخذ مَال الغير من غير طيب من نفسه، فتكون محرمة.

وثانيا: ما رواه مسلم عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ البَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ، وَيَسْرِقُ الحَبْلَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ»؛ فإن اللعن على الفعل دليل حرمته، خصوصا إذا صاحب اللعنَ ترتبُ العقوبة على الفعل كما هنا.

وأما الإجماع: فقد اتفقت كلمة المجتهدين من السلف والخلف على حرمتها

حديث عائشة - رضى الله تعالى - عنها: «تقطع اليد فى ربع دينار»[(١)]، وبين النبى ﷺ إجمال الآية فقطع يمين سارق أُتِىَ به[(٢)].

وروى أن أبا بكر وعمر[(٣)] - رضى الله تعالى عنهما - أمرا بقطع يد السارق من الكوع؛ فيضبط السارق جالسًا، ويمد العضو مدًّا عنيفًا حتى ينخلع، ثم يقطع بحدىٍّ ماض[(٤)].

والسارق: هو من أخذ ما ذكرناه خفية؛ فلا يقطع المختلس: وهو من يعتمد الهرب، ولا الخائن فى وديعة ونحوها؛ للحديث: «ليس على المختلس ولا على المنتهب ولا على الخائن قطع»[(٥)].

---

(١) أخرجه البخارى (٦٧٨٩) ومسلم (١/ ١٦٨٤).

(٢) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٢٧) ((أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطع بيمينه)) وعزا هذا الحديث للبغوى وأبى نعيم فى معرفة الصحابة من حديث الحارث بن عبدالله بن أبى ربيعة وقال: - وفى إسناده عبدالكريم بن أبى المخارق.

(٣) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٣٢-١٣٣) وقال: - لم أجده عنهما وفى كتاب الحدود لأبى الشيخ من طريق نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يقطعون السارق من المفصل. وفى البيهقى (٨/ ٢٧١) عن عمر أنه كان يقطع السارق من المفصل.

(٤) حكم قطع السارق الوجوب؛ يدل لذلك الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ فإن قوله تعالى: ﴿فَٱقْطَعُوٓا۟﴾ أمر خال عن القرينة الصارفة عن الوجوب فهو للوجوب؛ لأن كل أمر شأنه ذلك، فهو له.

وأما السنة: فما رواه مسلم عن عائشة - رضى الله عنها -: «أَنَّ قُرَيْشًا أَهَمَّهُمْ شَأْنُ الْمَرْأَةِ الَّتِى سَرَقَتْ فِى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِى غَزْوَةِ الْفَتْحِ، فَقَالُوا: مَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللهِ ﷺ؟ فَقَالُوا: وَمَنْ يجترى عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَأُتِىَ بِهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ، فَكَلَّمَهُ أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فقال: أَتَشْفَعُ فِى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى؟ فَقَالَ لَهُ أُسَامَةُ: اسْتَغْفِرْ لِى يَا رَسُولَ اللهِ، فَلَمَّا كَانَ الْعَشِىُّ قَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَاخْتَطَبَ، فَأَثْنَى عَلَى اللهِ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ، ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ، وَإِنِّى وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ، لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا. ثُمَّ أَمَرَ بِتِلْكَ الْمَرْأَةِ الَّتِى سَرَقَتْ فَقُطِعَتْ يَدُهَا».

ووجه الدلالة: أن النبى ﷺ قطع يد سارقة، ولم يقبل شفاعة أسامة فى قطعها؛ بل غضب، وأنكر عليه أن يشفع فى حد من حدود الله تعالى.

فلو أن القطع غير واجب، لما أنكر فيه الشفاعة خصوصًا من حبه وابن حبه.

وأما الإجماع: فقد اتفقت كلمة المجتهدين من أمة محمد ﷺ على وجوب قطع السارق

و اختلف الفقهاء فى محل القطع من السارق:

فذهب الحنفية، والحنابلة: إلى أنه اليد اليمنى، والرجل اليسرى.

وذهب المالكية، وأصحابنا الشافعية: إلى أنه اليدان، والرجلان.

وذهب داود، وربيعة: إلى أنه اليدان فقط.

وذهب عطاء: إلى أنه اليد اليمنى خاصة.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٣٩١)، (٤٣٩٢)، (٤٣٩٣) والنسائى (٨/ ٨٨، ٨٩) وابن ماجه (٢٥٩١) عن جابر، وله شاهد من حديث عبدالرحمن بن عوف أخرجه ابن ماجه (٢٥٩٢).

ولا يقطع إلا بإخراجه من حرز مثله، وسيأتى بيان الحرز، وأن يكون المال المسروق مقومًا بربع دينار فما فوقه.

والدينار: اسم للمثقال المضروب وقراضته من الذهب، والنظر إلى التقويم به حتى لو سرق خاتم فضة[١] وزنه سدس مثقال وقيمته ربع دينار لصنعته قطع به.

ولو كان ذهبًا لم يقطع فى وجه حتى يكون وزنه ربع مثقال، وصحح هذا الوجه فى الروضة، وأنكره عليه الإسنوى، وغلطه؛ لأنه صحح أن السبيكة إذا وفى وزنها ونقصت قيمتها فلا قطع، وصحح عكسه كخاتم صغير، ثم قال: والخلاف مبنى على أن المعتبر القيمة أو الوزن، ولا يستقيم البناء إلا إذا اختلف حكمها، لكن الاعتبار بالقيمة أقوى كغير الذهب، وهو المفهوم من المنهاج. والله أعلم.

ولو سرق ربع مثقال ذهبًا خالصًا غير مضروب هنا، وكان ينقص عن قيمته مضروبًا - لم يقطع؛ ولهذا قلنا: مالاً بربع دينار، أو زنته ذهبًا به، أى: مقومًا بذلك. ويشترط أن تكون حصة كل شريك من شركاء السرقة ربع دينار، إذا تعاونوا فى النقب والإخراج. وإذا انفرد أحدهما بالنقب والآخر بالإخراج فلا قطع؛ لأن الأول لم يسرق والثانى أخذ من غير حرز.

فإن اشتركا فى النقب وانفرد أحدهما بالأخذ قطع وحده، وإنما يقطع إذا تيقنا أن قيمة ما سرق ربع دينار.

أما لو قوم بذلك تخمينًا أو ظنًّا بلا يقين فلا يقطع، ويعتبر التقويم بذلك حالة الإخراج، ولا حاجة إلى أن يصفه بالخالص المضروب، وقد قومناه بربع الدينار؛ لأن التقويم الشرعى لا يكون إلا بذلك.

ولا يقع اسم الدينار عرفًا ولا شرعًا إلا على الذهب الخالص المضروب، ومن قدر القطع بربع المثقال من الذهب فحقه أن يقوم مضروبًا خالصًا؛ ألا تراه لو باعه بدينار صح وحمل على الخالص المضروب؟!

ويشترط أن يكون المال المسروق تحت يد المسروق منه بحق، فإن كان مغصوبًا لم يقطع سارقه؛ لأن المالك لم يرض بذلك الحرز، وألا يكون المال محرزًا فى حرز مغصوب، وإليه الإشارة بقوله: أو فيه، يعنى: أو فى مغصوبٌ.

فإن أحرز غاصب [الدار][٢] فيها مالاً لم يقطع سارقه على الأصح؛ لأن كونه فى غير حرز شرعى، ككونه فى غير حرز حسى. وأما المستأجر والمستعار فحرز يقطع السارق منها، ولو كان المالك. وقيل: لا يقطع المعير إذا دخل بنية الرجوع، وإن اشترى الحرز وسرق المشترى منه مال البائع قبل تسليم الثمن قطع؛ لأن له حق الحبس، أو بعده، أو

---

(١) فى أ: ذهب.
(٢) سقط فى ط.

كان مؤجلاً [فلا][(١)].

ولو كان لرجل مال مغصوب عند رجل ووضعه بين أمواله المحرزة، فدخل المغصوب منه ليأخذ ماله، فوجد مال الغاصب، فأخذه مع ماله أو أخذه وحده - لم يقطع على الأصح؛ لأنه غير محرز منه؛ لأن الشرع يبيح له دخول هذا الحرز لأخذ ماله.

ولو ادعى السارق الملك فيما سرقه بشراء ونحوه، أو أنه غصب منه، أو ادعى إذنه فى أخذه - لم يقبل قوله فى المال.

ويسقط القطع بدعوى ذلك؛ لأنه محتمل فكيف يقطع فى مال هو فيه خصم؟! وكذا لو ادعى أنه ملك لشريكه فى السرقة؛ بأن قال: هذا المسروق ملك لشريكى هذا، أو استعان بى فسرقناه معًا - لا يقطع، سواء صدقه الشريك أو كذبه. فإن كذبه قطع الشريك المكذب دون المدعى له الملك.

وكذا لا يقطع بما له فيه ملك؛ فلا يقطع الراهن بسرقة المرهون، ولا المؤجر بسرقة مال المستأجر.

وكذا لا يقطع بما له فيه شبهة ملك أو استحقاق، فلا يقطع بمال مشترك للشبهة، كما لا يحد بوطء الجارية المشتركة، حتى لو سرق ألف مثقال هو شريك فيها بربع مثقال لم يقطع.

ولا يقطع الوالد بمال ولده، ولا الولد بمال والده، ولا العبد بمال سيده؛ لشبهة استحقاق الإنفاق.

وكذلك لا يقطع بما ظنه ملكه أو ملك والده أو ولده أو سيده، وكذا لا يقطع بالأخذ من مال غريمه المماطل والجاحد. ولم يذكره فى الأصل هنا؛ اكتفاء بما ذكره فى باب القضاء.

[وقوله فى الحاوى: «بسرقة قدر ربع دينار» إلى قوله: «أو دعواه لشريك فيها أو إقرار، وإن أنكر». فيه أمور:

أحدها: قوله: «قدر ربع دينار» اعترض عليه ابن النحوى وقال: لو عبر بقوله: قيمته ربع دينار، لكان أصرح ليخرج ما إذا سرق حَلْيًا وزنه ربع دينار، ولم تبلغ قيمته ربعًا مضروبًا، فالأصح: أنه لا يقطع، وإن صدق أنه قدر ربع دينار.

الثاني: قوله: «مضروب» اعترض به أيضًا ابن النحوى، وقال: لا حاجة إليه لأن اسم الدينار لا يقع إلا على المضروب.

الثالث: قوله: «ملك غير بلا شركة» اعترض عليه ابن النحوى أيضًا وقال: تبع فيه الغزالى؛ فإنه جعله شرطًا مع الذى قبله وقال: قال الرافعى: ولك أن تقول: وفى اشتراط كونه ملك الغير غنية عن هذا الشرط؛ لخروج المشتركة عنه، فإنه لا يصدق أن يقال فى

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

المشترك: إنه مملوك لغير السارق. انتهى.

والحق: أن لا اعتراض؛ لأنه إذا سرق نصف مثقال بينه وبين شريكه مناصفة صدق عليه أن يقال: سرق ربع دينا ملكا للغير. وليس عدم الإشاعة شرطًا فى تسمية الشقص مملوكا لصاحبه.

الرابع: أن بعض المتأخرين اعترض قوله: ملك غير لذى إخراج، وقال: يرد عليه ما إذا كان المال للسارق، ثم دخل لسرقته هو، وقبل صاحب الحرز، فاشتراه منه لصاحب الحرز، ثم سرقه وخرج، فإنه لا قطع عليه.

قلت: ولا اعتراض عليه؛ فإن هذا المال غير محرز عنه لكونه هتك الحرز بحق، بل لو كان المال وديعة ودخل عدوانا لسرقة وديعته، ثم باعها من وكيل الوديع، ثم سرقها منه وهما فى الحرز لم يرد عليه؛ لأنه حصل انتقالها إلى الغير، والأخذ لها وهى غير محرزة؛ لأنه باعه مالاً لو خرج به من حرزه لم يقطع، فإذا انتقل إلى غيره فيه وسرقه منه فهو غير محرز منه، وهذا بالجناية أشبه، فهو كالضعف يسمى خائنًا لا سارقا][1].

وقوله: محرزًا بلحظ مبالًى به دائم فى صحراء ومطروق كمسجد ما لم يدع أنه نام أو أعرض[2] أو شغل بزحمة.

أى: ويشترط أن يكون المسروق محرزًا؛ لقوله ﷺ: «لا قطع فى ثمر معلق ولا حريسة خيل، فإذا آواه المراح والجرين، فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»[3].

والمجن بكسر الميم وفتح الجيم -: الترس، وحريسة الخيل - بالحاء والراء والسين المهملات -: ما يسرق منه من المواشى ليلاً.

وتختلف الأحراز باختلاف الأموال والأمكنة، والمرجع فيه إلى العرف: فإن كان المال موضوعًا فى الصحراء، أو فى موضع مطروق: كالمسجد والشارع والسكة المنسدة - فلابد من الملاحظة الدائمة. والمراد بالدوام ألا يشتغل عنه بنوم ولا غيره، فإن تغفل الملاحظ فى هذه الحالات وسرق، قطع.

ويشترط أن يكون الملاحظ ممن يبالى به، بحيث يقدر على المنع من الآخذ، إما بقوته، أو بالاستغاثة، أو بالاستنجاد بالصياح ونحوه. فلا تكفى ملاحظة صغير، ومجنون، وضعيف لا يبالى به السارق؛ لبعده عن الغوث.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: اغترض.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٨٣١) عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى معضلًا ووصله أبو داود (٤٣٩٠) والترمذى (١٢٨٩) والنسائى (٥/ ٤٤، ٨/ ٨٤، ٨٥) وابن ماجه (٢٥٩٦) عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده.

ولا يقطع السارق إذا ادعى أن الملاحظ المشترط دوام ملاحظته نام، أو ولى المال ظهره، أو حصلت زحمة شغلته عنه، كما إذا ادعى الملك ونحوه.

وقوله: وفى حصانة بمعتاد فينام بخيمة طنبت وذيلت، ودار أغلق ويغيب عنه ببلد آمن نهارًا، ويحرز[1] نحو حانوت بشرائج ولحظ جيران لا منهم ولا من ضيف وساكن وثقيل بعرصة خان، ودابة بإصطبل، وإناء، وثوب بذلة بصحن، ومواشٍ، وكفن شرعى ببناء أغلق ومقبرة اتصلا بعمارة.وهو لمن كفن فيخاصم.

أى: وإذا كان المال فى حصانة، فالملاحظة المعتادة كافية، فللملاحظ أن ينام فى الخيام، ويستغنى بكونه نائمًا فيها عن دوام الملاحظة.

فإذا ضربت الخيمة فى الصحراء وشدت أطنابها وأسبلت أذيالها، ونام فيها أو بقربها - استغنى عن دوام الملاحظة، فإذا سرقت أو سرق ما فيها قطع السارق؛ لأن هذا حرز مثلها فى العادة إذا كان هناك من يتقوى به الملاحظ.

وإذا ضربت الخيمة فى العمران، فلها حكم الحوانيت التى فيها الأمتعة وسيأتى ذكرها.

وأما الدار: فإن كانت متصلة بالعمران، والزمن زمن أمن - كان الإغلاق بالنهار حرزًا لها.

وإن كانت منفصلة عن العمران، أو كان خوف، أو لم تكن مغلقة، أو كان ليلاً - اشترط أن يكون فيها حافظ يلاحظها.

وحيث اشترطنا الحافظ هنا لم يشترط الإغلاق إلا حال نومه سواء كان ليلاً أو نهارًا.

فلو نام نهارًا فى دار غير مغلقة فهى غير محرزة. وقيل: إن الدار المنفردة لا تكون محرزة مع نوم الحافظ وإن أغلق.

قال النووى: والأول أقوى.

وإذا تصدر[2] الأمتعة فى الحوانيت إلى الباب وغاب عنها نظرت: فإن أسبل عليها شبكة أو خالف بين لوحين أو ضم بعض الحوائج إلى بعض وشد عليها، فهى محرزة بنظر الجيران.

وإن لم يفعل شيئًا من ذلك لم يكن محرزًا. وقد بينا أن الخيمة فى العمران كذلك، وأما بالليل فلا بد مع ذلك من حارس، قال الرويانى: والبقل والفجل قد يضم بعضه إلى بعض ويترك عليه حصير ويترك على باب الحوانيت، وهناك حارس ينام ساعة ويدور ساعة فيكون محرزًا، والثياب عند باب حانوت القصار[3] والصباغ كأمتعة أرباب الحوانيت من العطارين.

وليست الحوانيت الموضوع عليها الشرائج محرزة من جيرانها الملاحظين لها.

(١) فى ط: وبجرن.
(٢) فى ط: قصدت.
(٣) فى ط: العصار.

فإن سرقها أحدهم لم يقطع؛ كالضيف إذا سرق من المنزل والساكن فيه وفى الخان لا قطع عليهم؛ لأن تلك خيانة لا سرقة، وعرصة الخان حرز للأحمال الثقيلة والدواب ونحو ذلك مما يعتاد وضعه فى عرصة الخان وليست حرزًا للثياب والنقود، والدواب على نفاستها تحرز بالإصطبل، وتحرز الأوانى وثياب البذلة بصحن الدار وصُفَّتها، ونحرز النقود والحلى فى المخازن والصناديق، والثياب النفيسة فى الدور وبيوت الخانات، والمواشى فى الأبنية ولو من الحطب والحشيش إذا كانت مغلقة متصلة بالعمارة سواء كان صاحبها معها أم لا.

فإن كانت منفصلة عنها اشترط كون صاحبها معها، وهى فى المرعى محرزة بنظر الراعى بشرط ألا ينام وألا يتشاغل عنها ولا يغيب عن نظره، فإن استتر شىء منها عنه بجبل ونحوه لم يكن محرزًا.

وإذا كفن الميت بخمسة أثواب فما دونها، وهو الكفن المشروع، فالقبر حرز لها إذا كان بجنب البلد لكثرة الطارقين، فإن زادت الأكفان على المشروع أو كانت المقبرة بعيدة من البلد أو كان القبر حفرة دون العمق المعتاد، فلا قطع.

واعلم أن الكفن باق على ملك من كفن الميت، فإن كفنه الورثة فالتركة ملكهم، والميت حقه من الكفن مقدم عليهم كالدين. لكن لا يزول ملكهم عنه حتى لو أكل الميت سبع كان لهم أخذ الكفن، وإذا سرق فهم المخاصمون، ولو كفنه أجنبى فهو على ملكه.

هذا هو الأصح، ووراء ذلك خلاف، قيل: إنه للميت، وقيل: لله تعالى.

[وقوله فى الحاوى: «كدار غلقت نهارًا» إلى قوله: «والحانوت بلحاظ الجيران» فيه أمور:

أحدها: قوله: «كدار غلقت نهارًا» يرد عليه ما إذا كانت الدار منفصلة عن العمارة؛ فإنه لا بد لها من حافظ، ولا يكفى الإغلاق، ويرد عليه ما إذا كان الزمنُ زمنَ خوفٍ؛ فإنه لا يكفى الإغلاق ولا بد من حافظ.

الثانى: قوله: «بلا فتح ونوم» قد يتوهم أن «نوم» معطوف على فتح عطف اشتراك، وأنهما منفيان معًا، وليس كذلك، وإنما يريد نفى اجتماعهما.

الثالث: أنه لم يبين حال الحافظ فى الخيمة بالصحراء، وقد يفهم من تأخير ذكره بعد قوله: «بلا فتح ونوم»: أنه يشترط نفى اجتماعهما فى الخيمة وهو كذلك؛ فإنه ذكر فى الروضة: أن الأصح: أنه لا يشترط إسبال باب الخيمة إذا كان من فيها نائمًا.

الرابع: قوله: و«الحانوت بلحاظ الجيران» ليس على إطلاقه، وإنما يكفى ذلك إذا ضم الحوائج التى عند الباب بعضها إلى بعض وربط عليها بحبل، أو أرخى عليها شبكة أو خالف بين لوحين، كما ذكره فى العزيز والروضة][1].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: وقطار برؤية سائق أو قائد يتلفت ولو راكبًا لا فوق تسعة بعمارة ونبت وبذر بحارس.

أى: ويحرز القطار من الجمال إذا كان فى الصحراء ونحوها سواء كانت خالية أو فيها المارة، برؤية السائق أو القائد.

فما رآه السائق منها أمامه فهو محرز بنظره، وما رآه منها القائد بالتلفت فهو محرز بنظره إن أكثر من التلفت الذى يعد به محرزًا لما بعده، وإن استتر عنه بعضها بجبل أو شجر فذلك البعض غير محرز حالة استتاره، وإن كان فى العمران اشترط ألا يزيد القطار على تسعة، وهذا هو التوسط الذى استحسنه الرافعى وصححه النووى فى الروضة؛ لأنه[1] الذى جرت العادة بجعله قطارًا، وإن ركب أولها فهو كالقائد فى اشتراط كثرة التلفت، وإن ركب آخرها فهو كالسائق يكفى نظره لما أمامه. وإن ركب وسطها فهو لما قبله سائق ولما خلفه قائد. والاعتماد على الرؤية به.

وقد يكتفى فى البلد والأسواق بنظر الحاضرين والمارة فى المعاطف ونحوها.

ولا يحرز البذر فى الأرض، والنبات فيها، إلا بحارس، سواء اشتد الحب وخرج الجوز أم لا.

وقيل: إذا كان الزرع قصيلاً فالمزرعة حرزه من غير حارس، قال الرافعى: ويأتى هذا الوجه فى البذر المستتر فى الأرض.

وقوله: وقطع بما ظنه فلسًا أو فارغًا، أو نقب فسال أو أخرجه بليل آخر أو دفعات بلا تخلل علم أو إصلاح.

أى: وإذا سرق دينارًا وهو يظنه فلسًا قطع؛ لأنه أخرج نصابًا من حرزه. والجهل بجنسه وقدره لا يؤثر؛ كالجهل بصفته.

ولو سرق فلوسًا ظنها دنانير لم يقطع إلا إن بلغت نصابًا. ولو سرق كيسًا ونحوه مما لا يساوى نصابًا وهو يظنه فارغًا وكان فيه نصاب قطع؛ لأن أخذ الشىء المحرز محرم ولا أثر لظنه أنه لا حد فيه، كمن زنى وهو عالم بالتحريم جاهل بوجوب الحد.

ولو نقب بيتًا فيه طعام أو غيره فسال إلى غير حرز قطع؛ لأنه بذلك هاتك للحرز مفوت للمال. ولو نقب فى ليلة وأخذ فى ليلة أخرى، نظرت:

فإن تخلل علم المالك بين الليلتين أو علم الجيران فلا قطع؛ لانتهاك الحرز. وإن لم يعلم أحد قطع؛ لأنه أخرج نصابًا كاملاً من حرز هتكه ولم يظهر، فهو كما لو نقب وأخذ فى ليلة واحدة.

---

(١) فى أ: كأنه.

وإذا أخذ النصاب دفعات فالحكم كذلك إن تخلل علم، وكذا إذا علم المالك بالنقب فأصلحه فلا قطع أيضًا وصار لكل دفعة حكمها، وإن لم يتخلل علم ولا إصلاح قطع، كما لو أخذه دفعة واحدة، وكما لو طر ثوبه وتناول الدراهم درهمًا درهمًا.

[وقوله فى الحاوى: «والقطار تسعة» [فيه أمور:

أحدهما: أنه] أطلق ذكر «التسعة»، والذى صححه الرافعى والنووى أنه لا ينعقد بها إلا فى العمران، وأما فى الصحراء فلا.

الثانى: أنه خص ذلك بالقائد فى الصحراء الخالية، والسكة المستوية، والصحيح: أن القائد الذى يكثر التلفت كالسائق فى الحكم.

الثالث: أنه لو قال: «إذا لم تكن الصحراء خالية، لم يكن القائد محرزًا إلا قائدًا فقط»، والذى قاله الرافعى فى شرح هذه العبارة من «الوجيز»: واعتبر كون الصحراء خالية، إشارة إلى أنه لو كان فى المارة كثرة حصل الإحراز بنظرهم، وهذا تباين عظيم.

الرابع: أنه فرق بين الراكب والماشى، فجعل الراكب لا يحرز خلفه إلا واحدًا، سواء كان فى صحراء خالية أم لا، والذى ذكره فى الروضة أن الراكب كالقائد لما خلفه وكالسائق لما أمامه.

الخامس: أنه قال: «وبالسائق ما أمامه» فأطلق ولم يشترط الرؤية.

والأصح: أن المعتمد على الرؤية فى القائد والسائق؛ كما سبق ذكره فى الشرح.

السادس: قوله: «والكفن الشرعى لا بقبر ضائع» ولو قال: بقبر لا ضائع؛ ليعلم أن القبر حرزه إذا لم يكن القبر ضائعا [لكان أولى].

السابع: قوله: «دفعات بلا تخلل علم المالك» خصص المالك بالعلم، فيرد عليه ما إذا علم الجيران بهتك الحرز ولم يعلم المالك؛ فإن الذى يؤخذ بعد ذلك محرز.

الثامن: أنه اقتصر على تخلل العلم، فيرد عليه ما إذا جهل الآخذ لكن علم هتك الحرز فأصلحه؛ فإن المأخوذ بعد ذلك لا يضم إلى الأول فى إكمال النصاب، بل هو سرقة أخرى][1].

وقوله: وبوقف وأم ولد ومال مسجد وزوج وبرمى من معلق إلى صحن دار فتحه غيره.

أى: ويقطع مخرج مال موقوف كالبهيمة الموقوفة، وأستار الكعبة، وكذا غلة الأرض الموقوفة على قوم ليس السارق منهم. ويقطع بأم الولد إذا سرقها وهى نائمة أو مجنونة؛ لأنها مال مملوك يضمن بالقيمة كالعبد القن. ولا قطع على من سرق المكاتب؛ لأنه فى يد نفسه كالحر. ويقطع بمال المسجد المختص به: كالأبواب والجذوع دون الفرش.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

والمسرجة إذا سرقها مسلم؛ لأنها أعدت لينتفع بها المسلمون فله فيها شبهة استحقاق.

وكذلك إذا سرق أحد الزوجين للآخر مالاً محرزًا منه قطع، ولا أثر لاستحقاق النفقة على الزوج؛ لأنه استحقاق بعقد يملك به المنفعة فلا يؤثر فى إسقاط الحد؛ كالإجارة. بخلاف القريب والعبد. وإذا كان المسروق فى بيت من الدار، فأخرجه السارق منه إلى صحن الدار، نظرت:

فإن كان باب البيت مفتوحًا وباب الدار مغلقًا فلا قطع، وكان كما لو نقله من زاوية إلى زاوية أخرى؛ لاستوائها فى الحرز.

وكذا إن كان البابان مغلقين على الأصح؛ لعدم إخراجه من تمام الحرز، فهو كما لو أخرجه من الصندوق إلى البيت.

واكتفى بذكر هذه المسألة عن قوله فى الحاوى: ومن زاوية إلى زاوية؛ لأن ذلك من طريق الأولى، وإنما يقطع إذا كان باب البيت مغلقًا وباب الدار مفتوحًا؛ لأنه أخرجه من الحرز إلى الضياع.

وهذا إذا فتح باب الدار غير السارق، فأما إذا فتحها السارق قال الإمام: فلا قطع؛ لأن الحرز الذى يهتكه السارق فى حكم الحرز الدائم بالنسبة إليه، فيكون كما لو نقل إلى الصحن وباب الدار مغلق؛ ألا تراه إذا نقب الحرز كان المنقوب[1] فى حقه كالمحرز؟!

فإن أخرج منه قطع ولا يكون حرزًا فى حق غيره إذا أخرجه ولم يقطع واحد منهما، بل لو وضعه السارق فى فم النقب وأخرجه آخر لم يقطع واحد منهما.

وقوله: وبلع در خرج ووضع على ماء أو دابة مارين عنه وأخذ قن غير مميز من فناء الدار ولو خدعًا ومميز نائم وقوى خوف بسلاح أو نام فجر بجمله.

أى: وقطع بإخراج نصاب برمى من مغلق وبلع در من حرزه، بأن ابتلعه فى الحرز. وهذا يشترط[2] أن يخرج من بطنه بعد خروجه من الحرز، فإن لم يخرج بان أنه فسد وانمحق، فيلحق بالمتلف فى الحرز، وإذا وضع المسروق فى ماء جار فى الحرز فخرج به الماء من الحرز قطع، أما إذا كان الماء واقفًا فجاء ماء آخر وكثر فسال فلا قطع، وإن حرك الماء حتى خرج قطع من طريق الأولى.

وكذلك إذا وضعه على دابة سائرة تطلب الخروج فخرجت به قطع، وإن كانت واقفة أو سائرة إلى داخل الحرز لم يقطع؛ لأن لها اختيارًا.

ولو سير الدابة آخر فالقطع على من سيرها، وكذلك الماء إذا كان جاريًا نحو الحرز

(١) فى ط: المنقول.
(٢) فى أ: الشرط.

فعرض عارض أخرجه لم يقطع بالوضع فيه.

وإليه الإشارة بقوله: مارين عنه، احترازًا مما إذا مر إليه.

وإذا أخذ عبدًا غير مميز محرزًا بدار سيده أو بفناء الدار، فإن ذلك حرز مثله [و] قطع سواء حمله أو دعاه خديعة فتبعه، وإن كان العبد مميزا لم يقطع بأخذه إلا إذا وجده نائمًا أو سكرانًا أو حمله مضبوطًا.

وإذا كان العبد قويًا قادرًا على الامتناع بقوته أو صياحه فاستسلم لمن يسرقه، فلا قطع.

وإن أكرهه بالسيف فخرج قطع على الأصح، وكذا إذا نام العبد على بعير فى بلد أو قافلة فجره بجمله وأخرجه، قطع على الأصح بخلاف الحرز.

وقوله فى الحاوى: «ورمى من بيت مغلق إلى صحن الدار المفتوحة» إلى قوله «وأخرج مكرها» - فيه أمور.

أحدها: قوله: «ورمى من بيت مغلق إلى صحن الدار المفتوحة»، أطلق القول بكون الدار مفتوحة ولم يفرق بين أن يفتحها السارق أو غيره.

والذى نقله فى العزيز والروضة عن الإمام: أن فتح السارق بالنسبة إليه لا يؤثر فهو كالمغلق فى حقه فلا قطع، نقلاه عنه وقرراه وهو الذى يقتضيه الفقه؛ لأنه قد كان فى صحن الدار غير موجب القطع للإغلاق، وهتكه للحرز لا يوجب القطع كما سبق بيانه.

الثانى: قوله: ووضع على دابة [سائرة][1]، ليس المراد مطلق السير بل المراد السائرة عن الحرز، أما لو سارت فيه إلى غير مخرجه لم يقطع؛ لما بيناه أن لها اختيارًا، وكذلك الماء؛ ولهذا احترز فى الإرشاد بقوله: مارين عنه.

الثالث - قوله: أو أخرج مكرها، أى: لا يقطع، والأصح فى العزيز والروضة: أنه يقطع.

قال: ولو أكرهه بالسيف حتى خرج قطع، ولا فرق بين الصغير المميز والكبير القوى فى هذه الحالة؛ لأن القوة التى هى الحرز قد زالت بالقهر فاستويا فى العجز.

وقوله: لا حر بطوق وإتلاف بحرز وإخراج بعض ثوب ومحرم لكسر أو قل رضاضه، ومسلم من بيت المال لا غنى من صدقة.

أى: ويقطع بأخذ عبد صغير لا حر وإن كان فى حلقه طوق على أصح الوجهين؛ لأن الحر وما عليه فى يد نفسه لا يدخل تحت اليد، وسواء أخذه على وجه السرقة أو الغصب لا يضمن ما لم ينزعه من[2] عليه.

ولا قطع على من هتك الحرز، وأخذ منه المال وأتلفه أو أكله أو ابتلعه ولم يخرجه

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: ممن.

منه؛ لأنه لم يسرق. وكذا لو أخرج ما لا يحل اقتناؤه: كالصليب والصنم وأوانى الذهب والفضة وآلات الملاهى بقصد الكسر - فلا قطع؛ لأنه مأمور بذلك، ولكل من قصد كسره دخول مكانه ليكسره.

وإن أخذها بنية السرقة لا الكسر، نظرت:

فإن كان رضاضها يبلغ نصابًا قطع، وإلا فلا. والمراد بالرضاض: ما يجوز البلوغ بالكسر إليه. وإذا سرق المسلم من بيت المال نصابا لم يقطع [إن كانَ فقيرًا؛ لأنه له فيه حقًّا؛ وإن كان غنيًّا نظرت: فإن أخذ مما لا حق له فيه كالصدقات، قطع على الأصح، وإن أخذ من سهم المصالح؛ لم يقطع؛ لأنه يصرف إلى ما يشترك فيه الغنى والفقير من عمارة المساجد والرباطات وسبل الخير العامة، وله فيها حق كغيره من المسلمين، فكان ذلك شبهة فى إسقاط الحد عنه قاله أبو زرعة][(١)].

ويقطع الذمى بالإخراج من بيت المال مطلقًا؛ لأنه لا حق له فيه، وما يجب من إطعامه من بيت المال إذا اضطر مضمون عليه؛ كالمضطر إلى أكل مال الغير، بخلاف المسلم وانتفاعه بالقناطر والسبل للتبعية لا لاختصاصه بحق فيها.

وقوله: فإن عاد أو فقدت لا بعد، فرجله اليسرى، ثم يده، ثم رجله، ثم عزر، وتقطع شلاء أمنت وزائدة أصابع، وفاقدتها وأصلية، أو إحدى أصليتين، فإن تعذر فهما بضمان المال[(٢)]، وندب حسم بمغلى زيت منه.

أى: فإن عاد وسرق ثانيًا بعد قطع يمينه، أو قد سرق وقد فقدت يمينه، فإنه تقطع رجله اليسرى من مفصل الساق والقدم، لا إن سرق وله يمين فذهبت بآفة أو جناية، بل يسقط الحد؛ لأن القطع تعلق بها فسقط لسقوط محله. وإليه الإشارة بقوله: لا بعد. فإن عاد قطعت يده اليسرى، ثم إن عاد قطعت رجله اليمنى؛ لحديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه أمر بذلك على هذا الترتيب[(٣)].

ويستحب أن يحسم محل القطع بغمسه فى زيت أو دهن مغلى، وليس ذلك من تمام

---

(١) هو: محمد بن عثمان بن إبراهيم بن زرعة الثقفى مولاهم، الدمشقى، أبو زرعة، قاضى دمشق، وكان قبل ذلك علي قضاء مصر، كان يذهب إلى قول الشافعى ويوالى عليه ويصانع. توفى سنة اثنتين وثلاثمائة.

تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ١٠١)، طبقات السبكى (٣/ ١٩٦).

وفى ط: وإذا سرق المسلم من بيت المال لم يقطع ولا فرق بين الغنى والفقير. وإذا سرق أحد من الصدقات فإن كان غنيًّا قطع أو فقير فلا، ومقتضى عبارة الحاوى أن الصدقة من بيت المال وليس كذلك كما قاله أبو زرعة.

(٢) فى أ: المالك.

(٣) أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٨١) وفى إسناده الواقدى.

الحد على الصحيح، بل نظرًا له، فيستحب أن يأمر به الإمام ولا يفعل إلا برضا السارق، ولا يلزمه الرضا؛ لأن ألمه شديد.

ومؤنة هذا الحسم على السارق كأجرة الجلاد، ويستحب أن تعلق يده فى رقبته بعد القطع ساعة للزجر والتنكيل، وهذا أمر به ﷺ فى سارق قطع[١]. فإن عاد بعد ذلك عزر، وما روى أنه ﷺ أتى بالسارق فى الخامسة بعد قطع أطرافه كلها، فأمر بقتله[٢] - مؤول بأنه قد قتله لمعنى من استحلال ونحوه.

واعلم أنه يقطع الطرف الواجب سواء كان فيه زيادة أو نقصان: كزيادة الأصابع أو نقصانها، ولو كانت كفًّا بلا أصابع؛ لأن المقصود التنكيل، ولا تقطع الزائدة فى القصاص؛ لأن المراد هنا المكافأة، وتقطع الشلاء إلا إذا قالوا: إن دمها لا يرقأ؛ فإنها تكون كالمعدومة.

ولو كان على معصمه كفان: زائدة وأصلية، قطعت الأصلية، فإن استويا قال الإمام: الذى رأيته للأصحاب أنهما يقطعان. وفى التهذيب: أنه تقطع إحداهما، فإن عاد قطعت الثانية.

قال النووى فى الروضة: قلت: الصحيح المنصوص أنه لا يقطع إلا إحداهما، كما ذكره البغوى فى التهذيب.

وقد جزم به جماعة منهم القاضى أبو الطيب، وصاحب البحر، والشيخ أبو نصر المقدسى[٣] وغيرهم، ونقله القاضى والمقدسى عن نص الشافعى - رحمه الله تعالى - وقد أوضحته فى صفة الوضوء فى شرح المهذب. انتهى.

ولا تقطع إحدى الكفين إلا إذا تميزت كل عن الأخرى من المفصل، فإن لم تتميز ولم يمكن قطعها وحدها قطعتا جميعًا.

ويضمن السارق المال، فإن كان باقيًا وجب رده، وإن كان تالفًا وجب البدل؛ لأن القطع وجب حقًّا لله تعالى والمال للآدمى، فوجب ضمانه.

وقوله فى الحاوى: «وقطع اليمين من الكوع» إلى قوله: «بآفة بعدها»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «ولو كف وكفان، والأصلية إن أمكن»، قد علمت أن الكف لا يستبعد كونها فى اليد حتى نقول: ولو كف؛ إذ لا تخلو اليد من كف، ولعله أراد: ولو كف بلا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤١١) والترمذى (١٤٤٧) والنسائى (٩٢٨) وابن ماجه (٢٥٨٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٤١٠) والنسائى (٨/ ٩٠).

(٣) هو: نصر بن إبراهيم بن نصر بن إبراهيم بن داود الفقيه، أبو الفتح المقدسى النابلسى، شيخ المذهب بالشام وصاحب التصانيف مع الزهادة والعبادة، سمع الحديث الكثير وأملى وحدث، ولما قدم الغزالى دمشق اجتمع به واستفاد منه، وتفقه به جماعة من دمشق وغيرها، ومن تصانيفه: «التهذيب» و«التقريب»، وغير ذلك، توفى يوم عاشوراء سنة تسعين وأربعمائة.

تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ٢٧٤)، طبقات السبكى (٥/ ٣٥١).

أصابع.

وإليه أشار القونوى فى شرحه، وأما الكفان فيحسن أن يقال: ولو كفان لندوره، لكن يبقى تقديره بقطع اليمين، ولو كف بلا أصابع وكفان بأصابعهما، يعنى إذا كان له على معصم كفان باطشتان على السواء، قطعتا.

الثانى: قوله: «وكفان»، يقتضى أن الكفين إذا استويتا فى البطش قطعتا، والأصح: أنهما لا تقطعان معا، كما حكاه النووى فى الروضة عن النص والأصحاب، بل تقطع إحداهما كما سبق بيانه.

الثالث: قوله: «فإن عاد أو فقدت لا إن سقطت بآفة بعدها»: يوهم أن لسقوطها بالجناية حكمًا آخَرَ ولا فرق، فلو اقتصر على قوله: «أو فقدت لا بعدها» لكفاه[١].

وقوله: وحد ذمى لا معاهد بسرقة وزنى لا مع مثله إلا بترافع.

أى: ويحد الذمى فى السرقة والزنى، فإن فعل شيئًا من ذلك نظرت:

فإن سرق مال مسلم أو زنى بمسلمة، فإنا نقيم عليه الحد مطلقًا ولا يتوقف على رضاه.

وإن فعل ذلك بذمى مثله فلا بد من ترافعهم إلينا.

فإن قيل: قد قلتم: إن المسلم لا يقطع إلا بطلب من المالك، فلا بد من الترافع فى السرقة إذن، فلم خصصتم الذمى بذلك؟

قلنا: فى المسلم تسمع شهادة الحسبة، وإنما يتوقف لانتظار المسقط، فإذا طلب المالك ماله قطعناه من غير إعادة دعوى ولا بينة، ولا يسمعها فى الذمى على الذمى إلا بالترافع.

وكذلك إذا زنى ذمى بمسلمة، أقمنا عليه الحد بشهادة الحسبة، ولا ينتظر هنا طلب المالك كالمسلم.

فإن قيل: لم يراعى طلب المالك فى السرقة، ولا ينتظر طلب مالك الجارية فى الزنى؟

قلنا: لأن فى السرقة يمكن أن يكون المالك قد أباح المال للسارق؛ فيسقط القطع بذلك.

وإباحة الجوارى لا يحصل الحل به، فليس للانتظار به فائدة؛ ولهذا لو قال: كنت وهبتها له أو بعتها، وكذبه الزانى لا يسقط الحد.

ولو قال: كنت أبحت له المال المسروق، وكذبه السارق لم يقطع؛ لأنه بذلك حل له أخذه.

وأما المعاهد فلا يحد ولا يقطع؛ لأنه لم يلتزم الأحكام، وكذلك المسلم إذا سرق مال المعاهد لا يقطع من طريق الأولى.

---

(١) فى أ: الكفارة.

وقوله: ولو أقر أو شهدَا[(١)] حسبة أخر لا حد زنى لطلب المالك وأعاد للمال وثبت مال دون قطع بيمين رد.

أى: وتسمع شهادة الحسبة فى السرقة للقطع على الصحيح؛ لأنه حق مؤكد لله تعالى.

وإن كان مالك المال غائبًا، وثبت القطع بذلك، لكن لا يقطع حتى يطالب المالك بماله، بل لو أقر بالسرقة من مال فلان، لم يقطع بمجرد إقراره حتى يدعى المالك المال؛ لإمكان أنه أباحه له، أو يقر له به فيسقط القطع، وإن كذبه السارق.

وأما المال فلا يثبت إلا بتقديم دعوى، فتعاد الشهادة لأجل المال بعد الدعوى؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل فى الأموال ولم تعد للقطع؛ لأنا قد سمعناها وأخرناه خوفًا من ظهور مسقط، وقد أمن وثبت المال بيمين الرد.

فإن ادعى على إنسان سرقة مال، فأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين فحلف المدعى - ثبت المال ولم يثبت القطع.

كما إذا نكل المدعى عليه إكراه جارية على الزنى، وحلف المدعى؛ فإنه يثبت المهر دون حد الزنى؛ لأن الصحيح أن اليمين المردودة كالإقرار، والسارق إذا رجع وأنكر ما أقر به لا يقطع، وهذا قد أنكر.

وقوله: ولقاض تعريض بإنكار موجب حد لا مال.

أى: ويجوز للقاضى أن يعرض لمقر، أو مريد للإقرار من موجب حد من حدود الله تعالى بإنكار موجبه، وإن أوجب حدًا ومالاً كالسرقة عرض بما يسقط الحد لا المال. مثال التعريض فى السرقة أن يقول: لعلك غصبت، أو أخذت من غير حرز، أو بعد أن أذن لك فى الأخذ، ولا يقول: لعلك ما سرقت له شيئًا. وفى الزنى: لعلك قبلت أو وطئت فيما دون الفرج، أو ظننتها زوجتك. والتعريض جائز لا مستحب فى الأصح، قال فى الروضة: لا يعرض له فى السرقة بما يسقط الغرم، إنما يسعى فى دفع القطع. وقوله فى الحاوى: ما إخالك سرقت، مخالف لما قاله فى الروضة من منعه التعريض إلا[(٢)] بما يسقط القطع لا الغرم، اللهم إلا أن يحمل ذلك منه بعد الإقرار بالمال؛ فإن الإنكار بعد الإقرار يسقط الحد لا المال، كما يقبل إنكار الزانى ورجوعه.

وقوله فى الحاوى: ما لم يظهر الصحيح أنه بعد الاعتراف والتصريح بأنه سرقه، يجوز التعريض له بالإنكار؛ لأنه يسقط الحد عنه، وإنما قالوا: لا يعرض له إذا قامت البينة، والله أعلم.

---

(١) فى ط: أو شهدُ على الانفراد.
(٢) فى أ: لا.

باب قاطع الطريق[1]

وقوله: باب: ملتزم أخذ قهرًا جهرًا ببعد عن غوث أو منع استغاثة ولو ببلد قاطع طريق يقطع بربع دينار ولو لجمع، ويرده كالسرقة يمناه ويسرى رجليه أو ما بقى والأخريان إن فقدتا أو عاد.

أى: لا يقع اسم قاطع الطريق إلا على ملتزم للأحكام، فلاحد على غير مكلف ولا على حربى، والأصح أن الذمى إذا قطع الطريق يجرى عليه حكم قطاع الطريق.

واشترط فى العزيز والروضة أن يكونوا مسلمين وقال: الكفار ليس لهم حكم قطاع الطريق، ولم يفرق بين حربى وذمى، لكنه صحح فى باب عقد الذمة أنه لا ينتقض عهدهم بقطع الطريق، إلا إذا شرط. وإذا ثبت أنه لا ينتقض عهدهم أقيم عليهم الحد كالسرقة.

قال الأذرعى: اعلم أنى لم أر فى الكتب المشهورة بعد الكشف التام التنصيص على أن من شرط قاطع الطريق الإسلام، إلا فى كلام الرافعى ومن أخذ عنه، وقال: الذى يقتضيه القياس أن الذمى إذا حارب فى دارنا وأخاف السبيل وقلنا: إنه لا ينتقض عهده - أن يكون حكمه فى قطع الطريق حكم المسلم.

وإلى هذا يرشد قوله فى التنبيه فى القاطع: فإن أخذ نصابًا لا شبهة له فيه، وهو ممن يقطع فى السرقة - قطع، والذمى ممن يقطع فيها، وأما الحربى فليس بملتزم للأحكام فلا حد عليه.

وكذلك لا يسمى قاطع طريق إلا من أخذ المال بالقهر والغلبة مجاهرًا، بشرط أن يكون بعيدًا عن الغوث.

---

(١) يطلق العلماء اسم قاطع الطريق على الحرابة، والسرقة الكبرى، والمحاربة:

فأما قطع الطريق؛ فلأن المجرمين يقطعون أمن الطريق، ويعتدون على المارة؛ أخذا لأموالهم، أو اعتداء على أعراضهم، أو إخافة لهم، أو فعل ذلك كله.

وأما تسميتها بالسرقة الكبرى فهو من باب المجاز؛ لأن المجرمين وإن كانوا يجهرون بالاعتداء على الناس فإنهم يختفون عن الحاكم والشرط؛ كالسارق يأخذ المال خفية من مالكه أو من يقوم مقامه.

وأما وصفها بالكبرى؛ فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين أعظم من ضرر السرقة الصغرى الذى يخص الملاك.

وسمى قطع الطريق محاربة أو حرابة؛ أخذا من قوله تعالى: ﴿يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣]، وهذا نوع من المجاز، «إلا أنه ذكر ذلك؛ تشبيها بالمحارب حقيقة؛ لأنه خرج فى صورة المحاربة، وأريد بهذا التشبيه: تعظيم الأمر».

فقاطع الطريق محارب لله مجازا؛ لأن المسافر أو المار فى الطريق معتمد على الله متوكل عليه «فالذى يريد أمنه محارب لمن اعتمد عليه فى تحصيل الأمن، وأما محاربته لرسوله ﷺ فإما باعتبار عصيان أمره، وأما باعتبار أن الرسول ﷺ هو الحافظ لطريق المسلمين، والخلفاء من بعده نوابه».

وأما الحرابة اصطلاحا:

فعند الشافعية: هى البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب، مكابرة.

وأما من يأخذ ويعت د الهرب[(١)] فهو مختلس لا قاطع، وحكمه الضمان ويعزر، وسواء كان القطاع رجالاً أو نسوة إذا وجدت الشروط، فالحكم واقع عليهم.

وإذا قصد البلد قوم لهم شوكة، أو مَالَ مَنْ فى[(٢)] طرف البلد على من فى الطرف الآخر، وأخذوا أموالهم وقتلوهم، ولم يجدوا غوثًا - فلهم حكم قطاع الطريق.

ولو كان هناك غوث ولكنهم منعوا المأخوذين من الاستغاثة بالسلطان، فهو كما لو لم يكن غوث، حتى لو دخل قوم دارًا ليلاً وأخذوا المال جهرًا مكابرة، ومنعوهم من الاستغاثة بالسلطان، فالأصح أنهم قطاع طريق.

وحكم قاطع الطريق إذا أخذ المال أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، بشرط ألا تنقص حصة الواحد منهم عن نصاب السرقة ربع دينار، سواء كان ربع الدينار المأخوذ لواحد أو لجمع؛ فإن النظر إلى الآخذ لا إلى المأخوذ منه، وهذا الحكم جارٍ فى السرقة، فإن فقد أحد عضويه اكتفى بالآخر.

نعم إن فقدا جميعًا قبل الأخذ لا بعده قطع الأخريان، وكذا إذا قطع الطريق ثانيًا، وأخذ المال قطع الأخريان، وهما اليد اليسرى والرجل اليمنى، أو ما وجد منهما إن فقدت إحداهما.

[وقوله فى الحاوى: «قاطع الطريق على كل معتمد القوة فى المغالبة بالبعد عن الغوث» فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق اسم قاطع الطريق على كل معتمد القوة فى المغالبة، ولم يشترط الإسلام كما اشترطه الرافعى ومن تابعه، ولا التزام الأحكام كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب فيرد عليه الحربى، وأنه لا يجرى عليه حكم قاطع وإن اعتمد القوة فى المغالبة، وأخذ المال.

الثانى: أن ابن النحوى قال: كالمعترض عليه فى الاكتفاء بالقوة فى المغالبة والبعد عن الغوث.

وقال: قال الرافعى: ويجوز أن يقال: ليست الشوكة مجردة تجرد العدد والعدة، بل يحتاج مع ذلك إلى اتفاق الكلمة ومتبوع مطاع وعزيمة على القتال. انتهى.

قلت: الظاهر أن الرافعى لم يأت بذلك على معنى أنه يشترط ذلك فى كونهم قطاع طريق، وإنما أتى به حكاية للحال الغالب عليهم رادًّا على من قال: إن الرفقة لو كانوا عددًا يتأتى منهم دفع القاصدين ومقاومتهم، فاستسلموا حتى قُتِلوا ونهبوا، فالقاصدون لهم ليسوا بقطاع طريق، فأراد الرد عليهم بأن الرفقة فى الغالب لا تتفق كلمتهم، وأنه يغلب عليهم

---

(١) فى أ: القرب.
(٢) فى ط: أو ما فى.

النجاد إذ لا كلمة تجمعهم، بخلاف القطاع، فإنه قل أن ينتظم أمرهم إلا بمن يرجعون إليه؛ ولهذا قال: «والقاصدون للرفاق» كذا يكونون غالبًا][1].

قوله: وِلَاءً، ولو قطعت إحداهما لا غيرهما لغير وبقتل به قود لو جرح يتحتم قودًا أو حدًا وبغير دية كبعفو عليها وموت وبه وأخذ قتل وصلب ثلاثًا، بعد غسل وصلاة وقبل كل عزر.

أى: يوالى قطع اليد والرجل من قاطع الطريق؛ لأنها عقوبة واحدة كالجلدات، ومن وجب عليه قطع يده ورجله بالمحاربة ووجب عليه قطع إحداهما بقصاص، أو يده بسرقة - فسيأتى أن حق الآدمى يقدم فيقطع قصاصًا، ثم يقطع العضو الآخر عقبه للمحاربة؛ لأن الموالاة بينهما قد استحقت بالمحاربة، فلا يسقط بزيادة الجناية.

وكذلك إذا قطع الطريق، وقد تعلق بيمينه القطع بسرقة - فإنه يقطع للسرقة أولاً، ثم تقطع الرجل عقيبها لما ذكرناه. هذا معنى قوله: ولاء.

ولو قطعت إحداهما لا غيرهما لغير: ففهمت أن الموالاة إذا اختلف الموجب للقطع، إنما يجوز فى العضوين اللذين استحقت الموالاة فيهما بالمحاربة.

أما لو وجب عليه قصاص فى اليد اليسرى، لم يقطع للمحاربة ولا للسرقة إلا بعد اندمال الأولى. ثم قاطع الطريق إذا لم يأخذ المال، ولكنه قتل النفس نظرت:

فإن كان قتلاً يوجب القصاص تحتم قتله، سواء عفا المقتص[2] أم لا، فإن اقتص منه وقع قصاصًا.

وإن عفا على مال ثبت المال وتعين قتله حدا لله تعالى، وإليه الإشارة بقوله: كبعفو عليها، مع ما تقدم من قوله: يتحتم قتله.

وإن كان القتل غير ما يوجب القود فإن كان خطأ لم يجب قتله، وإن كان لعدم المكافأة، فكذلك على الأصح، ووجبت الدية كما سبق فى الديات.

وإن مات قاطع الطريق قبل القصاص وجبت الدية فى ماله، كما سبق بيانه فى كتاب الجراح. ولو قتل فى المحاربة اثنين فأكثر فقتل بأحدهما وجبت الدية فى ماله لمن بقى، ولو قتل هذا الرجل المنحتم قتله أجنبئ بغير إذن، لم يلزمه القصاص لشبهة انحتام قتله، ويجب عليه ديته؛ لأنه وإن انحتم قتله فالمغلب فيه القصاص.

ولو انحتم للحد خالصًا كما إذا عفا، أو وجب على الزانى الرجم - فإنا لا نلزم قاتله الدية.

ولو جرح المحارب فى المحاربة لم ينحتم القصاص بالجرح، وإليه الإشارة بقوله: وبقتل به قود لا جرح. وأما الجرح السارى إلى النفس فلا خفاء بكونه قتلاً.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: عند المقتص.

وإن أخذ المال وقتل النفس فى المحاربة، وجب قتله وصلبه ثلاثة أيام، فيقتل أولاً ثم يصلب، والغرض من صلبه بعد القتل التنكيل به وزجر الغير، فيغسل بعد القتل، ويكفن، ويصلى عليه، ثم يصلب مكفنًا على خشبة ونحوها، ويترك ثلاثة أيام؛ ليتم النكال، ثم ينزل ولو لم يسل صديده الذى هو ودك عظامه، ولو خيف شدة التغير قبل الثلاث لشدة الحر، أنزل قبلها.

ولو مات قبل أن يقتل لم يصلب على الأصح. وإن أخاف السبيل وأخذ قبل أن يأخذ المال وقبل القتل، فلا حد عليه، كما لا حد فى مقدمات الزنى، فيعزره الإمام بحسب ما رآه من حبس وتغريب ونحوه.

[وقوله فى الحاوى: «ولا كما للقصاص مع قطع الطريق لا مع السرقة» كالمصرح بأن للقصاص حكما غير حكم السرقة، وحكمهما واحد.

فإذا وجب قصاص فى يمين قاطع الطريق، أو كانت قد استحقت لسرقة فقطعت عن أحدهما - قطعت رجله اليسرى عقب ذلك للمحاربة؛ لأن الموالاة بين المعصومين مستحقة بالمحاربة، فلا يسقط بزيادة الجناية، وأولَ الشراح كلامه فى السرقة بما: إذا وجب عليه قصاص فى يساره فقطعت لا تقطع يمينه للسرقة، وهذا وإن سلم فإطلاقه القصاص غير جيد، فلو قال: كما للسرقة مع قطع الطريق لا مع القصاص - لكان أصح؛ لأن عضو السرقة عضو المحاربة بخلاف مطلق القصاص، فإنه يقع على ما لا يستحق فى المحاربة فلا تجوز الموالاة][(1)].

وقوله: وبهرب شردوا وبتوبة قبل ظفر سقط الحد فقط، وأخر قتل وقدم وفرق غيره حق آدمى، ثم أخف، ثم بسبق ثم بقرعة ولو فوتت وليد وإصبعها، وإن قتلوه وزع والدية.

أى: إذا هرب قطاع الطريق، خوفًا من الطلب، لوحقوا وشتتوا حتى تبطل شوكتهم، وهو المراد بقوله تعالى: ﴿... أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] أى: من الأرض التى أفسدوا فيها إلى أرض غيرها.

فإن ظفر بهم أقيم عليهم الحد. ومن تاب منهم قبل الظفر به سقط عنه الحد الواجب لله تعالى من تحتم القتل إذا قتل، والقطع والتعزير؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤].

ولا تسقط حقوق الآدميين من القصاص على الأصح، ولا من الأموال التى أخذوها.

وأما من تاب بعد الظفر به، فلا يسقط عنه لقوة التهمة بخلاف ما قبل ذلك، وأما غير ذلك من الحدود إذا تاب قبل إقامتها عليه، فالأصح أنها لا تسقط بالتوبة.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإذا اجتمع على رجل عقوبات نظرت: فإن كانت كلها قتلاً قدم منها حق الآدمى، وإن كانت قتلاً وغيره أخر القتل وقدم ما سواه، سواء كان القتل لآدمى أو لله تعالى.

فإذا اجتمع حد شرب وحد زنى على بكر وحد قذف وقطع محاربة وقتل، أخر القتل مطلقًا، وقدم حد القذف، لأنه حق آدمى، ثم حد الشرب؛ لأنه أخف، ثم جلد الزنى، ثم قطع المحاربة. ويفرق بين كل عقوبتين حتى يزول أثر الأولى، ويؤمن عليه ما يخاف من الموالاة، ثم يقتل بعد، ولا يفرق بين القتل وما قبله، ففى هذه الصورة تقطع يده ورجله للمحاربة، ثم يقتل فورًا لمصيره إلى الهلاك.

ويؤخذ ذلك من قوله: وقدم وفرق غيره، فجعل التقديم والتفريق لغير القتل، ولا يفرق هنا بين اليد والرجل، ولو قطعت الأولى لغير المحاربة؛ لاستحقاق الموالاة بالمحاربة، وقد سبق بيان ذلك قبلها.

أما إذا استحقت اليد بسرقة، والرجل قصاصًا، والنفس لآخر - قطعت الرجل أولاً؛ لأنه حق آدمى، ثم أخر قطع السرقة حتى يندمل الجرح، ثم يوالى بين قطع السرقة والقتل.

فإن استوت العقوبات فى التغليظ والتخفيف، كما إذا قذف جماعة واحدًا بعد واحد، وإذا قتلهم واحدًا بعد واحد - فإنا نقدم السابق وإن فات حق الآخرين، بأن كان القاتل معسرًا أو عبدًا، فإذا قتله الأول فات حق الباقين، ولو عفا أحدهم على المال سقط حقه من القصاص، وكان للآخرين قتله وإن كان عبدًا؛ لأن تعلق المال بالرقبة لا يمنع القصاص كالعبد المرهون.

وإن قذفهم دفعة واحدة أو قتلهم كذلك، قدم من خرجت قرعته. وإن قطع رجل إصبعًا من يمين رجل مثلاً، ثم قطع يمين آخر - فقد تعلق حقهما بيمناه، فيستحق صاحب الإصبع التقديم؛ لكونه سابقًا، ثم يخير الآخر، فإن شاء أخذ دية اليد، وإن شاء قطع الناقصة وأخذ أرش الإصبع.

وإن كان قطع اليد أولاً استحق صاحبها يد الجانى، ولصاحب الإصبع الدية، ولا يقال هنا: يبدأ بالأخف؛ لأن صاحب اليد مستحق قطع الإصبع أيضًا، بخلاف ما إذا قطع يد رجل، وقتل آخر فإنا نقدم القصاص فى اليد، ثم نقتص بالقتل؛ لأن مستحق القتل حقه فى النفس لا فى الأعضاء، ألا تراه لو قتل المقطوع سليمًا فقتل به، وقع قصاصًا ولم يستحق أرش اليد.

ولو قطع[1] مقطوع الإصبع سليمًا واقتص منه، كان له أرش الإصبع.

ولو قطع الإصبع ويد الآخر معًا أقرع بينهما:

---

(١) فى ط: ولو قتل.

فإن خرجت لصاحب الإصبع وقطعها، قطع الآخر اليد، وأخذ أرش الإصبع.

وإن خرجت لصاحب اليد، قطعها وأخذ صاحب الإصبع أرشها.

وإن قتل جماعة فقتله أولياؤهم جميعًا، وزع القتل عليهم وكذلك الدية، فإن كانوا ثلاثة فقد استوفى كل منهم ثلثه قصاصًا، فيستوفى كل الثلثين من الدية، والله أعلم.

* * *

باب حد شارب الخمر

وقوله: باب: حد ملتزم غير ذمى شرب مختارًا من مسكر ولو حنفيًا نبيذًا، وإن جهل الحد، وسقط بجهل حرمة وظن غيره، فسكره إغماء ولعطش وتداوٍ، وحرم ولإساغة ويقضى.

أى: اعلم أن شرب الخمر من الكبائر، ويحرم قليلها وكثيرها؛ لما روى أنه ﷺ قال: «لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة[١] إليه»[٢].

وحدها الجلد كما سيأتى، فخرج بقوله: «ملتزم» غير المكلف، والحربى، واستثنى الذمى؛ لأنه يسمى ملتزمًا للأحكام فى الجملة، لكنه يقر على أشياء من أحكام دينه فلا يكون ملتزمًا بتركها، فمنها شرب الخمر. وخرج بقوله: «شرب»: الاستعاط[٣] والاحتقان؛ لأنه لا تهش إليه النفس ولا تدعو الشهوة إليه؛ فلم يحتج إلى زجر بالحد. وإن جمدت الخمر فأكلها، أو ثرد بها خبزًا فأكله، أو أكل الدُّرْدِىّ، وهو ما يركد من الخمر - حد، وعبر بالشرب؛ لأنه الغالب من حالها. ودخل بقوله: «من مسكر» القليل كالجرعة من النبيذ، قال الإمام: ولو تقاطرت فى كوز ماء قطرات، واستهلكت فى الماء لم يحد لشربه، فإن لم يستهلك حد. وخرج بلفظ المسكر: ما يغير العقل بغير سكر كالبنج والأفيون والحشيش بل يعزر عليها؛ لأنها لا تطرب، ولا يدعو قليلها إلى كثيرها. ودخل فى لفظ «المسكر» النبيذ وسائر الأشربة المسكرة، قال عمر - رضى الله تعالى عنه - فى خطبته: نزل تحريم الخمر، وهى من خمسة أشياء: العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل[٤]. وقيس عليها ما أشبهها. ويحد الحنفى بشرب النبيذ، ولا نبالى باعتقاده على الأصح؛ لقوة الأدلة على تحريمه.

وإذا علم بتحريم الخمر، لكنه جهل[٥] وجوب الحد فيها، حد؛ ففى علمه بالتحريم كفاية.

فإن ادعى جهل التحريم وأمكن؛ لقرب عهده بالإسلام، أو لنشوئه فى بادية بعيدة عن المسلمين - لم يحد؛ لأنه معذور. وكذا من شربها ظانا أنها شراب غير مسكر، فهذان

---

(١) فى ط: والمحمول.
(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤) وابن ماجه (٣٣٨٠) وزاد: ((وآكل ثمنها)).
(٣) فى ط: الاسعاط.
(٤) أخرجه البخارى (٤٦١٩) ومسلم (٣٢/ ٣٠٣٢).
(٥) فى ط: وجهل.

معذوران لا حد عليهما، فإن سكرا وزال عقلهما لم يجب عليهما قضاء الصلوات حالة السكر وألحقا بالمغمى عليه.

ولو شرب المسكر لضرورة عطش أو جوع، سقط عنه الحد على الأصح. وكذا إذا شربها للتداوى[1]، والأصح: أن شربها لذلك حرام؛ لأن شربها يزيد فى العطش ويحرق

---

(١) ذهب الشافعية فى الأصح والحنفية، والمالكية، والحنابلة، إلى عدم جواز شرب الخمر للتداوى، سواء أكانت صرفا أم ممزوجة، لمن اضطر إلى التداوى بها، وفقد النجس والطاهر الذى يقوم مقامها، إما بمعرفته بأن كان يعلم بالطب، وإما بإخبار طبيب عدل مسلم بذلك.

وذهب الظاهرية إلى جواز التداوى بها، صرفا كانت أو ممزوجة، وهو مرجوح مذهب الشافعية.

استدل المانعون بالسنة، والأثر، والمعقول:

أما السنة فمنها ما يأتى:

الأول: ما رواه مسلم عن طارق بن سويد، أنه سأل النبى ﷺ عن الخمر، فنهاه، أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال النبى ﷺ: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ».

الثانى: ما رواه الإمام أحمد بإسناده عن مخارق بن دثار، أن النبى ﷺ دخل على أم سلمة - رضى الله عنها- وقد نبذت نبيذًا فى جرة، فخرج والنبيذ يهدر، فقال النبى ﷺ: «مَا هَذَا؟» فقالت: فلانة اشتكت بطنها، فنقعت لها، فدفعه برجله، فكسره، وقال: «إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلَ فِيمَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ شِفَاءً».

الثالث: ما رواه أبو داود، عن أبى الدرداء، قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالدَّوَاءَ، وَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً، فَتَدَاوَوْا، وَلَا تَدَاوَوْا بِحَرَامٍ».

وجه الدلالة : أن النبى ﷺ نهى عن صنع الخمر بقصد التداوى، وبين أنها ليست دواء، ولكنها داء، وقد كسر الوعاء الذى نبذت فيه أم سلمة النبيذ للمريضة التى اشتكت بطنها، وقد أرشدنا إلى التداوى من الأدواء، ونهانا عن التداوى بالحرام؛ لأن الله -تعالى- أكرم من أن يجعل شفاء بعض الأمراض قاصرًا على مادة واحدة محرمة، بل جعل من الأدوية الحلال ما يغنى عنها، ويقوم مقامها فى التأثير أو يزيد، وحقيقة النهى التحريم، ولم يفصل النبى -عليه الصلاة والسلام- بين حال اضطرار وغيرها؛ فدل ذلك على عموم تحريم التداوى بها.

وأما الأثر فما روى البخارى، عن ابن مسعود، أنه قال فى المسكر: «إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ».

وجه الدلالة : أن ابن مسعود أخبر بأن الله -تعالى- لم يجعل شفاء عباده من بعض الأمراض موقوفا على التداوى بالمحرم ومنه الخمر؛ لأن هناك من الحلال ما يغنى عنه أو يزيد.

وأما المعقول: فقالوا: إنها محرمة العين فلم يبح التداوى بها كلحم الخنزير.

واستدل المجيزون بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]. وجه الدلالة : أن الله أباح جميع ما فصل تحريمه فى حال الاضطرار ومنه الخمر، والمتداوى الذى يعلم أن الخمر تعينت دواء لمرضه؛ بأن فقد الطاهر والنجس الذى يقوم مقامها فى التداوى؛ إما بمعرفة نفسه، وإما بإخبار طبيب مسلم عدل عالم بذلك له - مضطر إلى التداوى بها؛ فتكون مباحة له؛ إنقاذًا لنفسه من مخالب الأمراض الفتاكة.

وأما السنة فما استدل به المانعون منها، وقالوا فى توجيهها: ليس فى واحد منها أن النبى ﷺ ذكره جوابا لمضطر إلى التداوى بها، فتحمل على التداوى بها فى غير حال الضرورة، جمعا بين =

كبد الجائع، ولقوله ﷺ: «إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»(١).

= الأدلة.

وأما المعقول فقالوا: إن المضطر إلى التداوى بها، كالمغصوص المضطر إلى شربها؛ فكما أبيحت للثانى تباح للأول.

وقالوا أيضًا: يباح التداوى بها للمضطر إليه؛ كما يباح له أكل الميتة ونحوها.

وورد على المانعين فى السنة: أنه ليس فى واحد منها أن النبى ﷺ ذكره جوابا لمضطر إلى العلاج بها، فهى محمولة ابتداء على حال الاختيار فحسب، ولو سلمنا حملها على العموم لكانت مخصصة بنص الكتاب الذى أباح المحرم للاضطرار، ومنه التداوى بالخمر.

وأجيب بأن الظاهر من الأحاديث حملها على العموم، ولا قرينة تعين حملها على حال دون أخرى، ولا معارضة بين عموم الأحاديث، وعموم الإباحة المأخوذة من نص الكتاب فى حال الاضطرار؛ لأن الإباحة المستثناة عامة، وأحاديث النهى عن التداوى بالخمر خاصة، فيعمل بعموم الإباحة المستفادة من الآية فيما عدا ما أخرجه الدليل الخاص من حرمة التداوى بها عملا بالنصين.

هذا على فرض تحقق الضرورة إلى العلاج بالخمر، وقد ثبت طبيًّا أنه لا ضرورة إلى العلاج بها ألبتة؛ فإنه يوجد من الأدوية الطاهرة أو النجسة ما يغنى عنها أو يزيد فى تأثير العلاج.

يقول الدكتور محمد جعفر فى مذكرته «تبديد الصحة»: «ليس فى عالم الطب داء أو عارض يصح أن يعالج بالكحول، إلا وهناك مواد أخرى كثيرة تؤديه، دون أن تضر بالجسم، فمثلا قد يستعمل الكونياك، أو الكحول كمنبه فى حالات الهبوط، ولكن هناك من العقاقير ما يفضله فى هذا الأثر: كالقهوة، والشاى، وجوهرهما الفعال أفضل من الخمر، وكذلك الأستركنين، والأدرينالين، والكافور، والنوشادر، وغيرها، مما يعرفه كل طبيب».

وقال الدكتور «ملر» الأسكتلندى: «الخمر لا يشفى شيئًا».

وقال الدكتور «جون سون»: «إن الخمر ليس ضروريا ألبتة ليستعمل دواء».

وقال الدكتور «كيلوج»، «إن الناس يتعاطون الخمر لأمراض مختلفة فإذا كان ما يقولون حقا فأضرار الخمر أشد تلك الأمراض فتكا بالجسم فكيف بها إذا كانت لا تشفى منها شيئًا؟ فإن تجارب الأطباء أثبتت أنها لا تترك أثرًا فى النسيج، والأثر الحقيقى إنما يكون فى النسيج».

وقال الدكتور سمث الإنكليزى: «إن الخمر يخسر بسببها الجسم جزءا من الحرارة ويزيد ذلك الفقد كلما كان الإنسان مريضًا»، ومن العجيب أن سيدنا محمد ﷺ أثبت ضرر الخمر فى الحديث الصحيح، فقد جاء فى «صحيح مسلم مع شرح الإمام النووى» أن طارق بن سويد سأل النبى ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها، فقال: إننى أصنعها للدواء؟ فقال الرسول ﷺ: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاء»، أليس ذلك مقتضى العلم الحديث.

وقال: إن الخمر يسبب للجسم خسارة جزء من الحرارة، وقد منعت الدولة الأمريكية الخمر بتاتا بناء على أمر الأطباء، وعلى الاستكشاف الحديث الذى أقنعهمُ بأن الخمر لا شفاء فيها، وهذا الكشف معجزة إسلامية».

وقد أثبت الدكاترة «باركس» «والسبير» «جون هيل» ، وهنرى مارتس، وآخرون غيرهم: أن الخمر لا تشفى من المرض، ولا تنفع الجسم.

وقال الدكتور «هيجنبوتوم» أمام الجمعية الطبية البريطانية: «أنا لا أعلم مرضًا قط شفى بالخمر».

وهذا كله مما يؤيد صدق قول رسول الإنسانية -عليه الصلاة والسلام- الذى لا ينطق عن الهوى: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهُ دَاءٌ».

(١) أخرجه ابن حبان (١٣٩١) والطبرانى فى الكبير (٢٣/٣٢٦، ٧٤٩) والبيهقى (١٠/٥).

ولو غص بلقمة وعنده خمر جاز أن يسيغ بها اللقمة، بل يجب إذا خاف التلف، فإن اتفق بذلك سكر لم يسقط به القضاء كما يسقط للجهل؛ لأنه تعمده استبقاءً لنفسه.

وقوله: أربعين وِلَاءً وسطا بسوط وعود ونعل وطرف ثوب، صاحيًا قائمًا، وجلست، وامرأة تلفُّ ثيابها، وفرق على غير وجه، ومقتل، لا بشديد ورفعها فوق رأس.

أى: يجلد الشارب الموصوف أربعين؛ لأن أبا بكر - رضى الله عنه - سئل: كم ضرب الشارب الذى أمر به رسول الله ﷺ أن يضرب بالأيدى والنعال وأطراف الثياب؟ فقدر، أربعين فجلد أربعين، ثم جلد عمر - رضى الله تعالى عنه - أربعين، ثم تتابع الناس فى الخمر(١).

واستشار الصحابة - رضى الله عنهم - فجلدوا ثمانين، والمذهب: أن الزيادة على الأربعين تعزير كما سيأتى(٢). ويجوز بما ذكر من السوط والعود المناسب للسوط، وأن يكون ضربًا وسطًا بين ضربين، لا يرفع السوط فوق رأسه فيشتد الألم، ولا يضعه بحيث لا يؤلم، ولا يكون العود شديد الرطوبة، ولا شديد اليبوسة.

---

(١) أخرجه البخارى (٦٧٧٣)، (٦٧٧٦) ومسلم (٣٦/١٧٠٦).

(٢) اختلفوا فى موجب العقوبة هل هو الشرب فقط، أو الشرب من نىء عصير العنب المشتد والسكر من غيره؟ ونذكر هنا اختلاف الفقهاء فى نوع عقوبة الخمر، أهى حد أم تعزير؟

فذهب الجمهور إلى أنها حدٌّ. وذهبت شرذمة إلى أنها تعزير.

استدل الجمهور بالسنة والأثر والإجماع.

أما السنة فمنها ما يأتى:

الأول: ما رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه عن أنس -رضى الله عنه- «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الخَمْرَ فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوَ أَرْبَعِينَ» قال: وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانين، فأمر به عمر.

الثاني: ما رواه الشيخان، وأحمد عن أنس «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَلَدَ فِي الخَمْرِ بِالجَرِيدِ وَالنِّعَالِ، وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ».

الثالث: ما رواه أحمد عن أبى سعيد، قال: جلد على عهد رسول الله ﷺ فى الخمر بنعلين أربعين، فلما كان زمن عمر جعل بدل كل نعل سوطًا.

أخف الحدود ثمانين هكذا ثبت بالياء، قال ابن دقيق العيد: حذف عامل النصب والتقدير: اجعله ثمانين، وقيل: التقدير: أجده ثمانين، وقيل: التقدير: أرى أن نجعله ثمانين.

وجه الدلالة: أن النبى ﷺ ضرب فى شرب الخمر بالجريد والنعال، وقد جاء فى بعض الروايات أن الضرب بجريدتين نحو الأربعين، أو بنعلين نحو الأربعين، وقد تحرى أبو بكر -رضى الله عنه- فى خلافته ما كان يضربه الشارب فى عهده ﷺ فقدره الذين كانوا يحضرون العقوبة فى العهد النبوى بالأربعين، ففرضها عليهم، وعمل بذلك فى خلافته إلى أن جاءت خلافة عمر، ومضى شطر منها والعقوبة على ذلك المقدار، ولما رأى عمر أن الناس استخفوا العقوبة استشار أولى الرأى من أصحاب النبى ﷺ، فاجتمعت كلمتهم على زيادة العقوبة إلى الثمانين، فدل ذلك على أن =

. . . .

= العقوبة حد؛ إذ لو كانت تعزيرًا؛ لتركها النبى ﷺ وأصحابه فى بعض حوادث الشرب.

وأما الأثر فمنه ما يأتى:

الأول: ما رواه النسائى والدارقطنى عن السائب بن يزيد أن عمر خرج عليهم، فقال: «إنى وجدت من فلان ريح شراب فزعم أنه شراب الطلاء، وإنى سائل عما شرب، فإن كان مسكرًا جلدته، فجلده عمر الحد تامًّا».

وجه الدلالة: أن السائب حكى عن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- أنه جلد ابنه الحد تاما، فدل ذلك على أنه كان معروفًا عندهم أن عقوبة الخمر حد.

الثانى: ما رواه الدارقطنى ومالك عن أمير المؤمنين على -رضى الله عنه- فى شرب الخمر، قال: «إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفترى ثمانون جلدة».

وجه الدلالة: أن عليًا -كرم الله وجهه- استنبط أن عقوبة شرب الخمر كعقوبة القذف فى قدرها؛ فكانت حدًّا كحد القذف.

الثالث: ما روى أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه عن أنس -رضى الله عنه- أن عبد الرحمن بن عوف قال عند المشورة: أخف الحدود ثمانين؛ فأمر به عمر.

وجه الدلالة: أن عبد الرحمن بن عوف استنبط أن قدر عقوبة الخمر كقدر أخف الحدود، وهو القذف؛ فكانت حدًّا كحد القذف.

وأما الإجماع: فقد قال القاضى عياض: أجمعوا على وجوب الحد فى الخمر، واختلفوا فى قدره، فذهب الجمهور إلى الثمانين، وقال الشافعى فى المشهور عنه، وأحمد فى رواية، وأبو ثور وداود: أربعون، وتبعه على نقل الإجماع ابن دقيق العيد والنووى ومن تبعهما.

واستدل الآخرون بالسنة والأثر والمعقول.

أما السنة: فمنها ما يأتى:

الأول: ما روى البخارى عن عقبة بن الحارث: «أن النبى ﷺ أتى بنعيمان أو بابن نعيمان، فشق عليه وأمر من فى البيت أن يضربوه، فضربوه بالجريد والنعال وكنت فيمن ضربه».

الثانى: ما روى مسلم وغيره عن أنس بن مالك -رضى الله عنه- «أَنَّ النبى ﷺ أُتِىَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الخَمْرَ فَجُلِدَ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوَ أَرْبَعِينَ».

الثالث: ما روى البخارى عن أبى هريرة -رضى الله عنه- قال: أتى النبى ﷺ برجل قد شرب قال: «اضْرِبُوهُ» قال أبو هريرة -رضى الله عنه-: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم: أخزاك الله، قال: «لَا تَقُولُوا هَكَذَا لَا تُعِينُوا عَلَيْهِ الشَّيْطَانَ».

وجه الدلالة: أن النبى ﷺ أمر بضرب الشارب، ولم يحدده بعدد محدود لا يزاد عليه، ولا ينقص منه، ولو كانت العقوبة حدًّا؛ لصرح النبى ﷺ ببيانها تصريحًا لا يحتمل التأويل، وأصرح ما جاء فى ذلك حديث أنس، ولم يجزم فيه بالأربعين فى أرجح الطرق عنه؛ فدل ذلك على أن عقوبة الخمر تعزير.

وأما الأثر فمنه ما يأتى:

الأول: ما رواه أحمد وأبو داود عن ابن عباس -رضى الله عنهما- أن رسول الله ﷺ لم يفت فى الخمر حدًّا، وقال ابن عباس: شرب رجل فسكر فلقى يميل فى الفج فانطلق به إلى النبى ﷺ فلما حاذى بدار العباس انفلت فدخل على العباس، فالتزمه. فذكر ذلك للنبى ﷺ فضحك، وقال: «أَفَعَلَهَا؟» ولم يأمر فيه بشىء.

الثانى: ما روى البخارى عن عمير بن سعيد النخعى، قال: سمعت على ابن أبى طالب - =

. . . .

= رضى الله عنه - قال: «ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت فأجد فى نفسى إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وديته وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه».

الثالث: ما أخرجه عبد الرزاق، قال: أنبأنا ابن جريج ومعمر سئل ابن شهاب كم جلد رسول الله ﷺ فى الخمر؟ فقال: لم يكن فرض فيها حدًّا، كان يأمر من حضره أن يضربوه بأيديهم ونعالهم حتى يقول لهم «ارفعوا».

وجه الدلالة: أن هذه الآثار عن هؤلاء الصحابة والتابعين كالصريحة فى أن عقوبة الخمر ليست حدًّا، وإنما هى تعزير، وقد جاء فى أولها أن الرسول ﷺلم يفت فى الخمر حدًّا، وأنه ترك ضرب من استجار بعمه العباس، وفى ثانيها أن الرسول ﷺ لم يسنه، وفى ثالثها لم يكن فرض فيها حدًّا، فدل ذلك على أن العقوبة تعزير وليست حدًّا.

وأما المعقول: فإن الصحابة، وخاصة الخلفاء الراشدين لا يقدمون على أمر، ويتشاورون فيه إلا إذا أعياهم الطلب عن إدراك سنة فى موضوع بحثهم عند أى صحابى كان، فإن وجدوها عملوا بها، وجعلوها دستورهم المستقيم الذى يسيرون على ضوئه ويهتدون بهديه، وإن لم يجدوا سنة فى موضوع بحثهم تشاوروا فيما بينهم، وعملوا بما وقع عليه اتفاقهم على ضوء قواعد الشرع العامة، وأصوله الكلية، ومن المستبعد، بل من المستحيل أن يكون عند أحد من الصحابة سنة مبينة لمقدار حد الخمر، ثم يلتمس أبو بكر وعمر المشورة؛ لمعرفة قدر الحد فى الخمر.

قال الباجى: «وإنما استشار عمر فى قدر الحد؛ لأن الأصح أنه لم يتقرر فى زمن النبى ﷺ، بمعنى أنه لم يجد فيه حدًّا بقول يعلم لا يزاد عليه، ولا ينقص منه، وإنما كان يضرب مقدارًا قدرته الصحابة، واختلفوا فى تقديره، يدل على ذلك ما روى عن على أنه قال: «ما من رجل أقمت عليه حدًّا فمات فأجد فى نفسى منه شيئًا إلّا شارب الخمر فإنه إن مات فيه وديته؛ لأن الرسول ﷺ لم يسنه».

ومعنى ذلك: أنه لم يحده بقول يحصره، ويمنع الزيادة فيه والنقص منه، فحدوه باجتهادهم، ثم قال: وهذا من أقوى الأدلة على عدم النص فيه؛ لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه، ويذهب على الأمة؛ لأن ذلك يكون إجماعًا منهم على الخطأ، ولا يجوز ذلك على الأمة.

وقد ورد على الجمهور فى السنة: أن كل ما جاء فيها عارٍ عن بيان التقدير صريحًا، وما تعرض منها إلى التقدير، فإنما جاء بطريق الاحتمال والتخمين لا بطريق القطع واليقين، والسنة التى بهذه المنزلة لا تقوى على إثبات الحدود التى تدرأ بالشبهات فى أسبابها.

وورد عليهم فى الآثار أن أثر علىّ منقطع؛ لأن ثور بن زيد الديلى لم يلحق عمر بلا خلاف.

وأجيب بأن النسائى وصله، وكذا الحاكم فروياه عن ثور، عن عكرمة، عن ابن عباس، ورواه عبد الرزاق عن معمر، عن أيوب، عن عكرمة، ولم يذكر ابن عباس، وقد أعل هذا أن عمر استشار الناس، فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانين، فأمر به عمر.

قال فى «التلخيص»: ولا يقال: يحتمل أن يكون على وعبد الرحمن أشارا بذلك جميعًا؛ لما ثبت فى صحيح مسلم عن على فى جلد الوليد بن عقبة أنه جلده أربعين، وقال: جلد النبى أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إلىّ، فلو كان هو المشير بالثمانين ما أضافها إلى عمر، لكن يمكن أن يقال: إنه قال لعمر باجتهاد، ثم تغير اجتهاده.

وإذا كان ذلك باجتهاد، ولم يستند فيه إلى توقيف صريح؛ فلا يقوى على إثبات الحد، ومثل ذلك أثر عبد الرحمن بن عوف.

وأما جلد عمر ابنه الحد تامًّا، فقد كان ذلك عملًا بمشورة أصحابه الذين أشاروا بها عليه، =

ويجوز بالأيدى والنعال وأطراف الثياب إذا آلم بها إيلامًا وسطًا. ولا يحل أن يجلده سكرانًا حتى يصحو؛ لأنه قد يكون له حجة يدفع بها الحد.

فإن جلد وبان أن لا حجة فهل يجزئ؟ وجهان، الأصح: الإجزاء؛ لأنه إن لم ينزجر بذلك ففيه زجر لغيره.

= ووافقهم عليها، وإذا كانت الآثار بهذه المثابة، وأن ما فيها من المقدار إنما كان بطريق الاجتهاد، فلا تقوى على معارضة السنن الصحيحة، والآثار التى عرت عن التحديد فى عقوبة الخمر، وكون النبى ﷺ وخلفائه لم يتركوا عقوبة الشرب مرة -على فرض التسليم- لا يدل على أنها حد؛ لأنهم رأوا أن المصلحة تقضى بعقاب الشارب؛ لما ظهر لهم من جرأة الناس على الشرب، وافتتانهم به. على أن النبى ﷺ ترك العقوبة فى الذى استجار بعمه العباس كما سبق، وصرح أمير المؤمنين عمر بإعفاء أبى محجن الثقفى من عقوبة الشرب بعد بلائه الحسن فى القادسية.

وأما الإجماع الذى نقله القاضى، ومن معه، فهو منقوض بما نقله الحافظ فى «الفتح»: أن الطبرى وابن المنذر وغيرهما حكوا عن طائفة من أهل العلم أن الخمر لا حد فيها، وإنما فيها التعزير، واستدلوا بأحاديث الباب فإنها ساكتة عن تعيين عدد الضرب وأصرحها حديث أنس، ولم يجزم فيه بالأربعين فى أرجح الطرق عنه.

وورد على القائلين: بأن العقوبة تعزير فى السنة: أن شرب الخمر لم يكن فيه عقوبة أولًا، ثم شرع فيه التعزير، كما فى سائر الأحاديث التى لا تحديد فيها، ثم شرع فيه الحد المعين، ولم يطلع أكثرهم على التعيين صريحًا مع اعتقادهم بأن فيه الحد المعين، ثم أجمع على الحد فى عصر الصحابة، قال الحافظ: «وجمع القرطبى بين الأخبار بأنه لم يكن أولًا فى شرب الخمر حد، وعلى ذلك يحمل حديث ابن عباس فى الذى استجار بالعباس، ثم شرع فيه التعزير على ما فى سائر الأحاديث التى لا تقدير فيها، ثم شرع الحد، ولم يطلع أكثرهم على تعيينه صريحًا، مع اعتقادهم بأن فيه الحد المعين ومن ثم توخى أبو بكر -رضى الله عنه- ما فعل بحضرة النبى ﷺ فاستقر عليه الأمر ثم رأى عمر ومن وافقه الزيادة على الأربعين، إما حدًا بطريق الاستنباط، وإما تعزيرا.

أقول: إن جمع القرطبى هذا مؤداه النسخ مع الجهل بالتاريخ، وهو لا يجوز، على أن قوله: «لم يكن فى شرب الخمر حد، وعلى ذلك يحمل حديث ابن عباس فى الذى استجار بالعباس». ومراده بكلمة (حد) فى عبارته: أنه لم يكن فيها عقوبة أصلًا بدليل قوله بعد: «ثم شرع فيه التعزير» بعدٌ عن سياق القصة، فإن حديث ابن عباس ناطق بأن الحادثة كانت بعد تقرر العقوبة فى الشرب، وإلا فما الذى كان يحوج الرجل إلى الانفلات والاستجارة بالعباس إن لم تكن هناك عقوبة أصلًا؟ وإذا كانت العقوبة حدًا لم تفده استجارته بالعباس، وما كان للعباس أن يجيره، وما كان للنبى -عليه الصلاة والسلام- ألا يأمر فيه بشىء بعد الرفع إليه؛ لأن الحدود لا تقبل فيها الشفاعة بعد الرفع إلى الإمام. ألا ترى حديث فاطمة المخزومية التى سرقت، فأراد أسامة أن يشفع لها عند الرسول ﷺ فغضب النبى، وقال: «أَتَشْفَعُ فِى حَد مِنْ حُدُودِ الله يَا أُسَامَةُ؟».

روى البخارى عن عائشة أن قريشًا أهمتهم المرأة المخزومية التى سرقت، فقالوا: من يكلم رسول الله ﷺ ومن يجترئ عليه إلا حبه أسامة حب رسول الله ﷺ، فكلم رسول الله، فقال: «أَتَشْفَعُ فِى حَد مِنْ حُدُودِ الله؟ ثم قام فحطب، قال: أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا أَضَلَّ مَنْ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ الضَّعِيفُ فِيهِمْ أَقَامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ، وَأَيْمُ الله لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعَ مُحَمَّد يَدَهَا». وبهذا لم يتم للجمهور أن ذلك كان قبل تقرر العقوبة.

وأن يكون الضرب متواليًا حتى يحصل الزجر بتوالى الألم، فلو ضرب كل يوم سوطًا لم يعتد به، بخلاف ما لو حلف ليضربنه مائة فإنه يبر، ولو ضربه عددًا متواليًا، ثم أخر الضرب مدة يزول فيها ألم الضرب الأول لم يعتد به. وإن تخلل زمن يزول فيه الألم لم يضر. ويجلد الرجل قائمًا، والمرأة جالسة؛ لأنه أستر لها، وتكون عندها امرأة تلف ثيابها وتربطها عليها كيلا تنكشف.

وأما الجلد: فيتولاه رجل؛ إذ ليس ذلك من شأن النساء، وينبغى أن يفرق الضرب على الأعضاء، ويتقى الوجه والمقاتل كثغرة النحر والمذاكير؛ لما روى عن على - كرم الله وجهه - أنه قال للجلاد: «أعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير»[١] ويجوز ضرب الرأس؛ لما روى أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه قال: اضرب الرأس فإن الشيطان فى الرأس[٢]. ولا تشد يد المضروب بل تترك ليتقى بها.

وقوله: وعزر وال وسيدٌ مسيئا أو ترك بحبس ولوم وجلد دون أقل حده ومع عفو لا عن حد قذف وأب ومأذونه صغيرًا وزوج لحقه.

أى: ويجوز لولى الأمر وهو الإمام أو نائبه تعزير كل مسىء، بمعصية ليس فيها حد ولا كفارة، سواء تمحضت الإساءة حقًا لله تعالى أو تعلقت بآدمى؛ لقوله ﷺ فى سرقة التمر: «فإذا آواه الجرين وبلغت قيمته ثمن المجن ففيه القطع»[٣].

وإن كان دون ذلك ففيه غرم مثله وجلدات وعزر عمر - رضى الله تعالى عنه - من زور كتابًا[٤] وقال على - رضى الله عنه - فيمن قال: يا فاسق يا خبيث-: إنها فواحش فيها التعزير[٥]، وليس فيهن حد. وللسيد والأب والجد، ومأذونهما، والزوج تعزير عبده وولده الصغير وزوجته.

وقيل: يسمى ذلك تأديبًا لا تعزيرًا، فيعزرونهم فى حق الله تعالى وحق الآدمى، إلا الزوج فإنه لا يعزر إلا لما يتعلق بحقه من نشوز ونحوه.

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق (١٣٥١٧) وسعيد بن منصور والبيهقى من طرق عن على كما فى تلخيص الحبير (٤/ ١٤٧).

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة كما فى تلخيص الحبير (٤/ ١٤٧).

(٣) تقدم

(٤) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٥١) وقال: - لم أجده لكن فى الجعديات للبغوى قال: نا على ابن الجعد نا شريك عن عاصم بن عبيدالله عن عبدالله بن عامر قال: (أتى عمر بشاهد زور فوقفه للناس يوما إلى الليل، يقول: هذا فلان يشهد بزور فاعرفوه، ثم حبسه) وعاصم فيه لين.

(٥) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ٢٥٣) وسعيد بن منصور كما فى تلخيص الحبير (٤/ ١٥١).

ولكل ترك التعزير وإن كان لآدمى مطالب كما أطلقه الشيخ أبو حامد وغيره واقتضى كلام البغوى ترجيحه، ذكره فى الروضة؛ لأنه قد يئول إلى ضمان.

ولو اقتصر فى التعزير على التوبيخ والتقريع كفى.

والتعزير على حسب ما يراه الإمام لائقًا من حبس وجلد وصفع ولوم وتوبيخ، فإن رأى فى الجمع بين ذلك فعل، وليس ذلك إلى شهوته بل عليه العمل بالمصلحة.

ثم إن حبس فذلك إلى اجتهاد، وإن جلد اشترط ألا يبلغ به أدنى حدود الشخص المعزر، فإن كان حرًا فأقل من أربعين، أو عبدًا فأقل من عشرين.

وليس المراد دون أقل الحدود مطلقًا، ولو كان التعزير فى حق فعفا عن حقه ورأى الإمام والسيد تعزيره للزجر جاز.

ولو كان لآدمى عليه حد قذف فعفا لم يكن للإمام إقامة الحد عليه، ولا تعزيره بسببه، وللوالى والأب والجد تعزير الولد الصغير، تعليمًا وزجرًا عن سوء الأخلاق.

قال الرافعى: ويشبه أن تكون الأم زمن الصبا فى الكفالة، كذلك كما ذكرنا فى تعليم أحكام الطهارة والصلاة.

ولمأذون الأب والجد أيضًا تأديب الولد كالمعلم ونحوه، هذا إذا كان التأديب يفيد، فإن لم يفد إلا بضرب مبرح لم يجز المبرح ولا غيره.

وقوله: وضمن عاقلة سراية تعزير ولو من والٍ كثمانين بشرب وجاز وبحكمه بنحو فاسقَينِ إن بحث وإلا فهو ولا رجوع وضمن جلاد علم كشافعى قتل بإذن حنفى حرًا بعبده.

أى: إذا عزر الإمام أو الأب أو مأذونه حيث جوزناه فأفضى إلى الهلاك، وجب الضمان على عاقلة المعزر، ولو كان إمامًا. لأن المقصود بالتعزير التأديب لا الهلاك، فتبين بالهلاك بأنه جاوز الحد المشروع، وقيل ضمان الإمام المخطئ من بيت المال أو القتل بسراية التعزير شبه عمد، فإن تعمد ضربه بما يقتل غالبًا فعمد.

وكذلك إذا ضربه فى الشرب ثمانين فى الحدود، وما زاد على الأربعين فهو تعزير على الأصح. فيضمن ما تولد منه وقد جوزوا أن يبلغ بحد الشرب ثمانين؛ لما سبق بيانه من فعل، عمر رضى الله تعالى عنه.

وكذلك إذا سرى حكم الحاكم بالخطأ، وأفضى إلى الهلاك - فالضمان على عاقلته، كما إذا حكم بشهادة عبدين أو كافرين أو فاسقين.

وهذا إذا لم يجر منه تقصير بل حكم بعد البحث. فإن قصر فى البحث أو تعمد،

فالضمان عليه نفسه لا على العاقلة. وحيث ضمنت العاقلة أو الحاكم لا رجوع على الشهود، وإن كانوا فسقة معلنين بالفسق، على الأصح.

ويضمن الجلاد إذا قتل أو ضرب عالمًا بخطأ الإمام أو ظلمه، فإن اقتضى الحال القصاص اقتص منه. وإن أكرهه الإمام اقتص من الإمام ومنه أيضا على الأصح، وإن لم يعلم خطأه فالضمان والقصاص على الإمام؛ لأنه سيفه وسوطه.

فلو ضمَّناه ما رضى أحد بمعاونة الإمام ولا بد منها.

وكذلك يضمن الجلاد الشافعى إذا قتل حرًا بعبد بأمر إمام حنفى؛ لأنه يعتقد تحريمه فكان حقه الامتناع.

[وقوله فى الحاوى: «ناقصًا عن أدنى حده وإن عفا لا الحد» إلى قوله: «بإذن الحنفى» - فيه أمور:

أحدها: قوله: «وإن عفا لا الحد»، قال القونوى: فيه توسع ما من جهة العربيَّة، من حيث إسناد «عفا» إلى ضمير التعزير بعد حذف الجار منه؛ لأن أصله «عفا عنه»، ومن حيث عطفه الحد على الضمير المرفوع المتصل من غير تأكيد ولا فصل، وهذا كثير فى كلام الحاوى. انتهى.

الثانى: قوله: «كالحكم بعبدين بتقصير هو ولا قود» يقتضى أن الحاكم إن قضى على النفس حدًا أو قصاصًا مباشرة أو سراية بشاهدة عبدين ونحوهما - أن القود سقط عنه، ويجب الضمان بماله، قال القونوى: والظاهر وجوبه إن تعمد، قال فى التعليقة: ولا قود على المعزِّر والمقيم للحد إن لم يتعمد، ونقل الرافعى فيما إذا قصر الحاكم فى البحث عن حال الشاهدين وحكم بالحد ومات المحدود عن الإمام أنه قال: وإنما يتردد نظر الفقيه فى وجوب القصاص، والأظهر الوجوب.

قلت: وأما قوله فى الإرشاد «ضمن» يحتمل وجوب القصاص ووجوب المال.

الثالث: قوله: «والرجوع على الفاسق المعلن» فقضى بالرجوع عليه، والأصح فى كتب المذهب: أنه لا رجوع عليه؛ لأنه باقٍ على شهادته، وقد ذكر هذه المسألة فى «الروضة» فى باب الرجوع عن الشهادة، وقطع بأن لا رجوع على المشهود، وذكر فى باب ضمان إتلاف الإمام، وحكم الصيال وإتلاف البهائم - خلافا فى الرجوع عليه.

قال: والأصح: أن لا رجوع، ثم قال: فإن أثبتنا الرجوع، وفرع عليه حتى ذكر الفاسق، يصحح أنه يجب على المعلن بفسقه دون غيره فجرى عليه جماعة، وهو تفريع

على الضعيف][١].

وقوله: ولعاقل تخلص من محرق لا ألم بمغرق عدم غيره، وإزالة سلعة لا بأخطر، ولأب صغير وجده حيث الترك أخطر ولولى بلا خطر كفصد وحجم وكذا ختان كعادة ندبًا ووجب ببلوغ ومسماه لامرأة فيجبران.

أى: ويجوز للعاقل المستقل إذا وقع فى نار تحرقه، وقدر على التخلص من لفحاتها بالوقوع فى ماء يغرقه - أن يفعل؛ لأنهما وإن كانا قاتلين إلا أن الإحراق لا صبر عليه، ولو أصابته آلام مهلكة واشتدت عليه لم يكن له التخلص منها بإتلاف نفسه ولا بإلقائها فى مغرق[٢]، ونحوه مما يعجل الهلاك وتسهله، بل عليه المصابرة.

وإذا ظهرت عليه سلعة بشين ولا خطر فى قطعها، فللعاقل قطعها من نفسه، وكذا لولى الصبى والمجنون؛ لأنه عمل بالمصلحة بلا ضرر كالفصد والحجامة.

وإن كان فى قطع السلعة خطر ولا خطر فى تركها، لم يجز لأحد قطعها، وكذا لو كان فى كل منهما خطر إلا أن القطع أخطر، فإن استوى خطر القطع وخطر الترك لم يجز قطعها من الصبى والمجنون، ويجوز للعاقل قطعها من نفسه على الأصح.

فإن كان خطر الترك أكثر، جاز للأب والجد قطعها من الصبى، ولا يجوز لغيرهما قطعها منه؛ لأن للأب والجد شفقة ليست لغيرهما، فلا يقطع غيرهما من الصبى إلا ما لا خطر فيه، واليد المتآكلة كالسلعة إن كان الترك أخطر جاز للعاقل قطعها من نفسه، وللأب والجد قطعها من الصبى والمجنون، ولا يجوز لغيرهما، وإن استويا جاز للعاقل قطعها من نفسه فقط.

ويجوز لكل ولى فصد الصغير وحجامته، إلا إن كان خطر، فإنه لا يجوز إلا للأب والجد بشرط أن يكون الترك أخطر.

ويجوز لكل [ولى][٣] ختن الصغير، بل يستحب ذلك سابع يوم الولادة إن احتمل. وإن كان نضوا لا يحتمل، أمهل حتى لو بلغ وهو لا يحتمل الختان. قال الإمام: لم يجز أن يختن حتى يغلب على الظن سلامته.

وإذا بلغ الصبى أو الصبية غير مختون[٤]، لزمه أن يختن نفسه، فإن امتنع أجبره السلطان، ثم ختان الرجل بقطع الجلدة المحيطة بالحشفة وتسمى القلفة، فلا يجوز الاقتصار على بعضها.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: مفرق.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: مجنون.

ويكفى فى ختان المرأة مسمى القطع؛ للحديث: «أشمى ولا تنهكى»[١]، أى: اتركى الموضع أشم. والأشم: المرتفع. والذى يقطع من المرأة لحمة على أعلى الفرج كعرف الديك.

والختان فى الصغر مستحب؛ لأن العضو يكون أرخص وألطف.

وقوله فى الحاوى: وللأب والجد بلا خطر ... إلى آخره، فيه أمران:

أحدهما: قوله: وللأب والجد بلا خطر أو حيث الترك أخطر، أوهم اختصاصهما بذلك فى الحالين المذكورين، وليس كذلك، بل يجوز لكل ولى من سلطان وغيره قطعها من الصغير[٢] حيث لا خطر، لكن إن كان خطر والترك أخطر، فإنه يجوز للأب والجد القطع دون غيرهما كما سبق بيانه.

الثانى: قوله: وتقديمه أولى، يعنى تقديم الختان فى الصغر، والأولوية توهم أن ذلك غير سنة مندوب إليها، وليس كذلك بل هو سنة مندوب إليها، والله أعلم.

الصيال

وقوله: باب: يدفع صائل ولو عن مال وهدر، كسن عاضٍ بأخفِّ نزعٍ يجدى لا جرة مطلة وبهيمة تمنع طعام جائع، ووجب ولو بسلاح عن بضع ومنكر إن أمن، وإلا جاز وعن نفس لا والصائل مسلم.

أى: يجوز دفع الصائل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وفى الحديث: «من قتل دون ماله وأهله فهو شهيد»[٣].

وإنما قال: ولو عن مال؛ لما فى جواز الدفع بالقتل من الخلاف، فيجوز الدفع وإن أتى على النفس، سواء كان الصائل بالغًا عاقلاً، أو صبيًا أو مجنونًا أو بهيمة، فلا إثم ولا قصاص ولا دية ولا كفارة، بل يهدر كما تهدر أسنان من عض إنسانًا فنزعها نزعًا أسقط به أسنانه وصيره أدرد.

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٥٢٥) عن الضحاك بن قيس قال: ((كانت بالمدينه امرأة تخفض النساء يقال لها أم عطية، فقال لها رسول الله اخفضى ولاتنهكى فإنه أنضر للوجه وأحظى عند الزوج)) وأخرجه أبو داود (٥٢٧١) بنحوه.

(٢) فى ط: الصغر.

(٣) أخرجه البخارى (٢٤٨٠) ومسلم (٢٢٦/ ١٤١) عن عبد الله بن عمرو بلفظ: - (من قتل دون ماله فهو شهيد) وأخرجه أبو داود (٤٧٧٢) وابن ماجه (٢٥٨) والنسائى (٧/ ١١٥، ١١٦) والترمذى (١٤٢١) عن سعيد بن زيد بلفظ: - (من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد).

وهذا إذا لم يمكنه النزع[١] والتخلص بأسهل من ذلك من فتح لَحْى وضرب شِدْق.

وفى الحديث[٢] فيمن عض يد صاحبه فانتزعها وأذهب ثَنِيَّتَهُ: «أيدع يده فى فيك تقضمها كأنها فى فم فحل؟!» وأهدرها.

وإن أمكن أن يخلصها بضرب الفم، لم يجز أن يضرب غيره، فإن لم يجد مخلصًا إلا ببعج بطنه، أو بفقء عينه أو عصر خصيتيه - جاز ويهدر.

ولا تهدر الجَرَّة المطلة[٣] وهى المشرفة عليه، يعنى: إذا سقطت عليه من علو وصارت مسامتة لرأسه ولم يمكن دفعها إلا بالكسر - فإن له كسرها ويضمن؛ لأنه لا اختيار لها، بخلاف البهيمة إذا صالت فإنها تهدر.

وإذا حالت بين جائع وطعامه بهيمة، ولا يمكنه الوصول إليه إلا بإتلافها وأتلفها - ضمن؛ لأنها لم تقصده بل أتلفها لدفع الهلاك عن نفسه. فهو كالمضطر بأكل طعام الغير لإبقاء نفسه، ولم يذكر هنا أكل طعام الغير بل ذكره فى الأطعمة.

ويجب الدفع عن البضع؛ إذ لا مجال للإباحة فيه، وكذلك عن كل منكر من سائر المعاصى، وإنما يجب عند القدرة عليه والأمن على النفس، فإن خاف لم يجب على الأصح، بل يجوز له.

قال فى الروضة: قال الإمام: الخلاف فى أن آحاد الناس هل لهم شهر السلاح حسبة لا يختص بالصيال، بل من أقدم على محرم من شرب خمر أو غيره، هل لآحاد الناس منعه بما يجرح ويأتى على النفس؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، والثانى: لا.

ونسب الثانى إلى الأصوليين، والأول إلى الفقهاء، وهو الموجود للأصحاب فى كتب المذهب، حتى قال النووى[٤]، والبغوى، والرويانى، وغيرهم: من علم خمرًا فى بيت رجل، أو طنبورًا، أو علم شربه، أو ضربه - فله أن يهجم على صاحب البيت، ويريق الخمر، ويفصل الطنبور، ويمنع أهل البيت الشرب والضرب.

فإن قاتلوه فله قتالهم، وإن أتى القتل عليهم، وهو مثابٌ على ذلك.

ويجب الدفع عن النفس من البهيمة ونحوها والكافر؛ لأن البهيمة تذبح لشهوته فكيف يجوز إيثارها على نفسه؟!

---

(١) فى ط: الفزع.
(٢) أخرجه البخارى (٢٢٦٥، ٢٢٦٦) ومسلم (٢٢/ ١٦٧٤).
(٣) فى أ: المطلقة.
(٤) فى ط: الفورانى.

والاستسلام للكافر ذل فى الدين، وتبطل ذمة الذمى بالصيال.

وأما إذا صال مسلم على مسلم فإنه يجوز الاستسلام، ولا يجب الدفع؛ لقوله ﷺ لما وصف الفتن: «كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل»[(١)].

ولم ينكر أحد من الصحابة على عثمان - رضى الله عنه - منع عبيده من الدفع يوم الدار حتى قتل، وأما الدفع عن غيره فالأصح أنه كالدفع عن نفسه، هذا فى آحاد الناس، أما الإمام فيجب الدفع عليه مطلقًا.

وقوله: بصياح وهرب، والأخف من ضرب إلى قتل، ورمى عين من نظر إلى داره من كوتها أو سطح غير وهو عار، أو بها حرمه بنحو حصاة، وإن أصاب حولها وسرى حيث لا محرم له متسترة أو زوجةً، أو متاع لا من متسع، فإن دخل فكصائل.

أى: ويشترط فى الدفع المسقط للإثم والضمان أن يكون بالأخف فالأخف، فإذا أمكن الدفع بالصياح عليه والاستغاثة أو بالهرب عنه، لم يجز العدول إلى الضرب ونحوه، وقيل: لا يلزمه الهرب، والأصح أنه يلزمه حتى لو أمكنه الهرب من البهيمة الصائلة وضربها ضمن، فإن لم يندفع بهما فليراع الأخف، فلو كان يندفع بضرب اليد لم يضرب بالعصا، أو بالعصا لم يجرح بالسلاح، أو بالقطع لم يقتل.

وكل هذا إذا أمكن، فلو كان يندفع بالعصا ولم يجد إلا سيفًا، فله الضرب به للضرورة.

فإن لم يندفع إلا بالقتل قتل، وإليه الإشارة بقوله: «والأخف من ضرب إلى قتل»، ولو ولى عنه لم يتبعه.

فإن ضربه ضربة وهو صائل، وضربه وقد اندفع عنه، فالأخرى مضمونة، وإن مات فنصف دية، وإن قطع يده فى الأخرى اقتص منه.

ويدفع من نظر فى داره من كوة فى الدار برمى عينيه، ثم قد لا يكون فى الدار غيره، فإن كان عاريًا غير مستتر، جاز له رمى عين الناظر، إلا إن كان مستترًا على الأصح.

وإن كان فيها محارم صاحب الدار، جاز رمى عينه إن كان يراهن، وكذا إن كن مستترات بثياب أو بيت من بيوت الدار على الأصح حسمًا للباب.

---

(١) أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير (٢/ ١٧٧)، (١٧٢٤) عن جندب بن سفيان بلفظ: (يمسك بيده وليكن عبدالله المقتول ولا يكن عبدالله القاتل) وقال الهيثمى فى المجمع (٧/ ٣٠٦): - فيه شهر ابن حوشب وعبدالحميد بن بهرام وقد وثقا وفيهما ضعف، وأخرجه أحمد (٥/ ٢٩٢) والحاكم (٤/ ٥١٧) عن خالد بن عرفطة بلفظ: (فإن استطعت أن تكون عبدالله المقتول لا القاتل فافعل) وفى إسناده على بن زيد بن جدعان وهو ضعيف.

نعم لو كان للناظر فيهن محرم له، كان له ذلك شبهة تمنع جواز رمى عينه.

وهذا إذا كانت محرم الناظر مستترة، فإن كانت متجردة جاز رمى عينه، وإن كان له بها زوجة، فكذلك لا يجوز رمى عينه مطلقًا، مستترة كانت أم لا.

وكذلك إذا كان فى الدار متاع فنظر إليه، هكذا فى العزيز والروضة. قال الأذرعى: واعلم أن إطلاقهم يقتضى الاكتفاء بحضور المحرم فى الدار حالة النظر.

وفى فتاوى القفال: أن المعتبر بسكنى المحرم فى الدار لا بحضورها حتى لو دخلت أخته دارًا، وأتبعها النظر، جاز رمى عينه؛ لأن محرمه لم تسكن الدار.

قال الأذرعى: وهو حسن محتمل بل ظاهر، وعليه ينزل كلامهم. قلت: ومما يدل على أن المعتبر السكنى تجويزهم رمى المتطلع والنسوة مستترات فى أحد بيوت الدار، وشرط الكوة أن تكون ضيقة لا ينظر منها من فى الدار إلا المتصدى لذلك، فإن كانت واسعة لا تمنع نظر المارة كالباب المفتوح والثلمة فى الجدار، فلا شىء على المار إذا نظر فى مروره، بل صاحب الدار[1] هو المفرط، ولو نظر فى داره رجل من سطح مسجد أو دار جاز رمى عينه؛ لأنه لا تفريط من صاحب الدار كما ذكره فى العزيز والروضة.

وإنما يجوز الرمى بشىء خفيف كالحصاة ونحوها، وتهدر عينه إن ذهبت بذلك. فإن رمى غير عينه ضمن، وإن رماها وأصاب غيرها نظرت:

فإن كان قريبًا منها يخطئ إليه من قصد العين فهدر أيضًا، وإن سرى إلى النفس.

وإن كان بعيدًا ضمن. أما إذا نظر فى داره من بابه المفتوح أو من ثلمة فى الدار، أو كوة متسعة - فلا يجوز رمى عينه، بل له حكم الصائل.

وكذلك لو دخل عليه داره فليستغث عليه بالناس وليدفعه بالأخف ما أمكن.

[وقوله فى الحاوى: «ويجب على البضع» إلى قوله: «وإن فتح الباب قدم الإنذار» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ويجب على البضع فى المعاصى ولو بالسلاح»، لم يقيد ذلك بالأمن وهو لا يجب إلا إذا أمن، وعند خوف الفتة لا يجب، وفى جواز دفع المنكر بشهر السلاح، خلافًا لما فى شهر السلاح لغير السلطان من إثارة الفتن، والأصح الجواز، وقد سبق ما نقلناه من الروضة عن الإمام.

الثانى: أنه عطف البهيمة وما بعدها على قوله: «ويجب على البضع» والمعنى يختل

---

(١) فى ط: صاحب الدخول.

بذلك فيحتاج أن يقدر له جارًا لخفضه بالإضافة، فيقدر. ويجب دفع البهيمة، وفيه تعسف.

الثالث: أنه ألحق المجنون بالبهيمة فى وجوب دفعه عن النفس، والمذهب أنه على الخلاف فى وجوب دفع العاقل المسلم، والأظهر عدم الوجوب كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الرابع: قوله: وفك لَحْى من عضٍّ، أو ضرب شِدْقَيْه، فخيرَّ بينهما، وكلام الرافعى والروضة يقتضى الترتيب، فإن لم يجد الفك ضرب شدقيه.

الخامس: أنه اقتصر فى رمى العين على من نظر إلى حُرَمه، وسكت عما إذا نظر إليه وهو مكشوف العورة وحكمهما واحد، فيجوز له رمى عينه أيضًا، واقتصر أيضًا فى عدم جواز الرمى على ما إذا كان له هناك محرم أو زوجة، وقد ألحقوا بهما أن يكون هناك متاع فينظر إليه.

السادس: أنه اشترط لجواز رمى عينه أن ينظر من ثقبة، فاقتضى اشتراط الثقبة، سواء تطلع عليه من داره أو من غيرها، وليس كذلك، بل الثقبة لا تشترط إلا إذا كان النظر إلى الحُرَم من دارهن، وأما من غيرها فالثقبة والسطح ومنارة المسجد سواء إذا تطلع منها فإنه يرمى عينه، وإن كان من سطح دارهن فهو كما لو دخلها له حكم الصائل.

السابع: أنه أطلق الجواز إذا كان له فى الدار محرم، وشرط ذلك أن تكون المحرم مستترة، فأما إذا كانت مكشوفة العورة، فإنه يجوز رمى عينه؛ لأنه لا يباح له النظر إليها، هكذا ذكروه.

الثامن: قوله: «وإن فتح الباب» لا يشترط فتح الباب، بل لو نظر من الباب المفتوح أو من كوة واسعة أو ثلمة فى الجدار فالحكم واحد.

التاسع: قوله: «قدم الإنذار»، مقتضاه أنه إذا قدم الإنذار جاز رمى عينه، والأصح أنه لا يجوز لتقصيره بالفتح كما صححه فى «العزيز» و«الروضة»][1].

ضمان ما يتلفه الحيوان

وقوله: وضمن متلف هرة ضارية، وتدفع كصائل وبهيمة سرحت ليلاً لا إن فتح محوط أو نهارًا قُرب زرع أو مع ذى يد، كتحريق حطب مزاحم ومقتف لم ينبه، وعض ورمح بطرق ولو قُطرت لأرش ركض عهد وبطرد من زرع حف[2] بزرع غير فيصبر بأرش.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط

(٢) فى أ: نزع خف.

أى: ويضمن مالك الهرة الضارية ما أتلفته ليلاً أو نهارًا، وذلك مأخوذ من إطلاقه، وهى التى تفسد الأطعمة وتأخذ الطيور وتقلب القدور.

ويجب ربطها، ولا يضمن ما أتلفته الهرة غير الضارية؛ لأن ربطها غير معتاد، ولا يجوز قتل الهرة الضارية حال سكونها على الأصح.

فإن قصدت حمامة فقتلها للدفع عنها، فلا ضمان كغيرها إذا صال.

ويضمن ما أتلفته البهيمة إذا سرحها ليلاً، أى: أرسلها من غير راع؛ لقضائه ﷺ بأن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أتلفته المواشى بالليل فهو ضمان على أهلها[١].

أما إذا فتح باب دار أو بستان فدخلته ليلاً وأتلفته، فلا ضمان؛ لتقصير صاحبه.

وإذا سرحها نهارًا فلا ضمان للحديث، ولأن العادة أن الزروع وغيرها تحفظ بالنهار.

فإذا أخرجها بالمرعى البعيد عن المزارع، فتركته وقصدت المزارع - لم يضمن، وإن سرحها حول المزارع فهو كالملجئ لها إلى دخولها فيضمن، سواء اتسع المرعى أو ضاق، وإن كان مالكها معها، أو المستعير، أو المستأجر، أو الغاصب، فيضمن ما أتلفته بالعض والرمح ونحوهما؛ لأنها فى يده وقبضته، سواء كان ذلك ليلاً أو نهارًا، وسواء كان سائقًا، أو قائدًا أو راكبًا؛ لأن البهيمة له كالآلة وهو المتلف بها بخلاف العبد؛ لأن له ذمة، وأقرب منه ما يؤدى منه رقبته. فيتعلق الضمان بها، فإن كان معها سائق وقائد فالضمان بينهما بالسوية، وإن كان معهما راكب فالضمان عليه دونهما.

ولو كان على دابته أو على ظهره حطب، وسيرها فى الطريق، فإن كان هناك زحمة فعليه ضمان ما تتلفه للمقبل والمدبر، وإلا فلا ضمان بما يخرقه من ثياب المقبل، ولا من المدبر إن نبهه وحذره وإلا ضمنه.

ويضمن مسير الإبل فى الطريق، سواء كانت الإبل مقطرة أو مطلقة.

وإذا راثت الدواب فى الطريق أو بالت، فزلق به إنسان، أو تلف به مال أو نفس، أو فسد شىء من رشاش الوحل بممشاها، أو بما يثور من الغبار - فلا ضمان فى ذلك كله؛ لأن الطريق لا يخلو عنه. كذا لفظ الروضة. نعم إذا ركض الدابة فى الوحل ركضًا غير معتاد فى ذلك الموضع، أو طيرت[٢] بسنابكها[٣] حصاة فوقعت فى عين إنسان - ضمن. وإن كان موضع ركض فلا. وكذلك لو دخلت زرعه دابة فأخرجها منه وأدخلها فى زرع

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٩)، (٣٥٧٠) والنسائى فى الكبرى (٣/ ٤١١) وابن ماجه (٢٣٣٢).

(٢) فى أ: ظهرت.

(٣) فى ط: لساكها.

غيره ضمن، حتى لو كانت مزارعه محفوفة بمزارع للغير لم يجز له أن يخرج البهيمة من زرعه؛ لأنها تقع فى زرع غيره.

فإن فعل ضمن، فطريقه أن يصبر، ويغرم مالك الدابة أرش ما أتلفته. ولو سرحت بهيمة حول زرع آخر، فوقعت فى زرعه وهو حاضر، فتهاون فى دفعها - فلا ضمان على صاحب البهيمة؛ لتقصير صاحب الزرع.

[وقوله فى الحاوى: «ومتلف بهيمة سرحت جواز مزرعة» إلى قوله: «وإبل مقطرة» فيه أمور:

أحدها: قوله: «سرحت جواز مزرعة واتسع» قال ابن النحوى: تبع فيه الغزالى فى وجيزه ووسيطه، وليس فى كلام الرافعى وغيره تعرض لذلك.

قال البارزى: ولا يظهر اتجاهه فإنه إذا ضمن مع اتساع المرعى وجواز انتشار الدواب والإبعاد عن المزارع، فمن ضيق المرعى أولى، وكذلك أنكره صاحب التعليقة وهو ظاهر.

الثانى: قوله: «بتحريق حطب من خلفه بلا تنبيه، وهذا إذا لم يكن فى الطريق زحمة، فأما إن كانت فالمقبل والمدبر سواء، ذكره فى «الروضة».

الثالث: قوله: «وفى الطريق بتحريق حطب» إلى آخره ثم قال: «بالمالك» أى: مع حضور المالك، ليس ذلك مختصا بالطريق كما يشعر به كلامه، بل كل حالة أتلفت الدابة والمالك معها ضمن لأنها له كالآلة.

الرابع: قوله «بالمالك» ليس المالك شرطا بل كل من هى تحت يده من مالك ومستعير ومستأجر أو غاصب فالضمان عليه.

الخامس: قوله: «لا برشاش ركض معتاد وإبل مقطرة» أى: فإنه لا يضمن، قال ابن النحوى: وفيه مخالفة لما فى «الرافعى»، «الروضة» من إيجاب الضمان كما ذكره فى الشرح، فراجعه][1].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الجهاد[1]

وقوله: باب: الجهاد فى الأهم مع خوف طرق، كإحياء المناسك كل سنة مرة، فرض كفاية، تركه إثم إن علم أو قصر كقيام بحجج دينية وفتيا ودفع شبه وضرر مسلم وإمامة، وقضاء وشهادة يحملها، وأداء وأمر بمعروف، وحرف مهمة، وتجهيز ميت، ورد سلام عن جمع.

---

(١) لقد اختلف العلماء فى سبب مشروعية الجهاد، فقال بعضهم: إنه مشروع على أنه طريق من طرق الدعوة إلى الإسلام؛ وعلى هذا فغير المسلمين لا بد وأن يدينوا بالإسلام طوعًا بالحكمة، والموعظة الحسنة، أو كرهًا: بالغزو والجهاد.

وبناء على ذلك فهم يؤسسون السياسة الخارجية للدولة الإسلامية على القواعد التالية:

١- الجهاد لا يحل تركه بأمان أو موادعة، إلا أن يكون الغرض من الترك الاستعداد حين يكون بالمسلمين ضعف وبمخالفيهم فى الدين قوة.

فإن اعتدى على المسلمين كان فرض عين على كل مسلم أهل للجهاد؛ وإلا فهو فرض كفاية إذا قام به فريق من الأمة سقط عن الباقين، وإذا لم يقم به فريق من الأمة كانت الأمة كلها آثمة.

٢- أساس العلاقة بين المسلمين ومخالفيهم فى الدين: الحرب، ما لم يطرأ ما يوجب السلم من إيمان أو أمان.

٣- دار الإسلام هى الدار التى تجرى عليها أحكام الإسلام، ويأمن من فيها بأمان المسلمين، سواء كانوا مسلمين أو ذميين.

ودار الحرب هى الدار التى لا تجرى عليها أحكام الإسلام، ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين، ولقد استدل هذا الفريق على رأيه بأدلة أربعة:

١- أن آيات الأمر بالقتال جاءت مطلقة لم يقيد فيها القتال بأنه لدفع العدوان أو فى مقابلة قتال، من ذلك:

قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢١٦].

﴿وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾ ؛ لأن القتال يعقبه النصر والظفر على الأعداء، ﴿وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ﴾: وهذا عام فى الأمور كلها، قد يحب المرء شيئًا وليس له فيه خير ولا مصلحة. ومن ذلك: القعود عن القتال قد يعقبه استيلاء العدو على البلاد والحكم.

وقوله تعالى: ﴿فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ وَمَنْ يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٧٤].

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥].

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة: ١٢٣].

وقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[التوبة: ٣٦].

٢- أن الله سبحانه قد نهى فى كثير من آيات الكتاب الكريم عن اتخاذ الكافرين أولياء، وعن الإلقاء إليهم بالمودة.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ =

. . . .

= ﴿مِنَ الْحَقِّ يُخْرِجُونَ الرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَن تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ رَبِّكُمْ﴾ [الممتحنة: ١].

وقال تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ٢٨].

وفى هذا دلالة على ألا تكون للمسلمين بغيرهم محالفة أو مودة.

٣- ما رواه البخارى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ؛ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللهِ، وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ، وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ فَإِذَا فَعَلُوا ذَلِكَ عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّ الإِسْلَامِ، وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللهِ».

وفى رواية: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، فَإِذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِحَقِّهَا وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللهِ» متفق عليه.

وهذا نص على أن الأمر بقتال الناس هو للدخول فى الإسلام، أى: أن القتال طريق الدعوة إليه.

٤- أن من دُعوا إلى الإسلام على وجه صحيح، لا عذر لهم فى البقاء فى غيره؛ فإذا لم يجيبوا بالحكمة والموعظة الحسنة، فلا مندوحة من أن يساقوا إلى خيرهم وهداهم بوسائل قسرية، ولم يكن بد من قطع دابر شرهم؛ وقاية للمجتمع من ضلالهم؛ كالعضو المصاب إذا تعذر علاجه تكون مصلحة الجسم فى قطعه وبتره.

فكأن هذا الفريق يرى هذا؛ على أساس أن غير المسلمين إذا دعوا إلى الإسلام، وأقيمت لهم دلائله الحقة - كان إصرارهم على خلافهم، وإعراضهم عن اعتناقه والدخول فيه، ورفضهم إجابة دعاته بمثابة إيذان المسلمين بالحرب؛ فيجب على المسلمين أن يسوقوهم إلى الحق قسرًا؛ ما داموا لم يذعنوا له بالحكمة والموعظة الحسنة.

وقال الآخرون - وهم الجمهور -: إن الجهاد مشروع لحماية الدعوة الإسلامية ودفع العدوان عن المسلمين؛ فمن لم يجب الدعوة ولم يقاومها، ولم يبدأ المسلمين باعتداء - لا يحل قتاله ولا تبديل أمنه خوفًا.

وبناء على هذا فهم يقيمون السياسة الخارجية للدولة الإسلامية على الأسس والقواعد التالية:

١- دعوة غير المسلمين إلى الإسلام فرض كفاية على الأمة الإسلامية: إذا قام به فريق منها سقط عن الباقين، وإذا لم يقم به فريق منها كانت كلها آثمة.

وذلك لأن رسالة محمد ﷺ عامة؛ فهو مرسل من الله - تعالى - إلى الناس كافة، لا فرق بين أمة وأمة، ولا بين من كانوا فى عصره ومن وجدوا بعده.

قال عز وجل: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّى رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [الأعراف: ١٥٨].

وقد قام - عليه الصلاة والسلام - فى حياته بتبليغ كل من استطاع أن يبلغهم بلسانه، وكتبه ورسله وفى خطبة حجة الوداع أشهد ربه على البلاغ، وأمر أن يبلغ الشاهدُ الغائبَ.

فمن هنا وجب على المسلمين فى عصورهم المتتابعة ألا ينقطعوا عن هذه الدعوة، وأن يبلغوا ما أنزل على محمد إلى كل من لم يبلغه، وأن يكون أول شئون المسلمين الخارجية تنظيم الدعوة إلى الإسلام، وإعداد الدعاة، وبثهم بين الأمم التى لا تدين بالإسلام فى مختلف البلدان، مع مدهم بجميع الوسائل التى تمكنهم من القيام بواجبهم.

٢- السلم هو أساس العلاقة بين المسلمين ومخالفيهم فى الدين؛ ما لم يطرأ ما يوجب الحرب من اعتداء على المسلمين، أو مقاومة لدعوتهم: بمنع الدعاة من بثها، ووضع العقبات فى سبيلها، وفتنة من اهتدى إلى إجابتها.

٣- دار الإسلام هى الدار التى تسود فيها أحكامه، ويأمن فيها المسلمون على الإطلاق. ودار الحرب هى الدار التى تبدلت علاقتها السلمية بدار الإسلام؛ بسبب اعتداء أهلها على المسلمين، أو =

. . . .

= على بلادهم، أو على دعوتهم ودعاتهم.

وعلى هذا إنما يتحقق اختلاف الدارين بين بلاد الدولة الإسلامية، وبلاد غير المسلمين الذين بدءوا المسلمين بالعدوان، أو حالوا بينهم وبين بث دعوتهم، وقام المسلمون بما يجب عليهم من دفع العدوان عنهم وحماية دعوتهم، وقطعوا بتلك البلاد علاقتهم، وانقطعت العصمة بينهم بحيث يصبح أهل البلدين لا يأمن واحد منهم فى بلد الآخر.

أما الأمة غير الإسلامية التى لم تبدأ المسلمين بعدوان، ولم تعترض دعاة الإسلام، وتركتهم أحرارًا يعرضون دينهم على من يشاءون، ويقيمون براهينهم بما يريدون، لا تقاوم داعيًا ولا تفتن مدعوًا، أو لم ترسل إليها بعثة من الدعاة - فهذه لا يحل قتالها ولا قطع علاقتها السلمية، كما أن الأمان بينها وبين المسلمين ثابت لا ببذل ولا عقد ذمة؛ وإنما هو ثابت على أساس أن الأصل السلم، ولم يطرأ ما يهدم هذا الأساس من عدوان على المسلمين، أو على دعوتهم.

ولقد استند هذا الفريق على أدلة أربعة لتأييد قوله:

١- إن آيات القتال فى القرآن الكريم جاءت - فى كثير من السور المكية والمدنية، مبينة السبب الذى من أجله أذن فى القتال، وهو يرجع إلى أحد أمرين:

أ - إما دفع الظلم والعدوان.

ب - أو قطع الفتنة وحماية الدعوة.

وذلك أن الكفار على عهد رسول الله ﷺ سواء من المشركين، أو من أهل الكتاب - أمعنوا فى إيذاء المؤمنين، وإضرارهم؛ ليفتنوهم عن دينهم حتى يرجع من أسلم عن دينه، ويثبطوا عزيمة من يريد الدخول فى الإسلام.

وغايتهم من ذلك: إخماد الدعوة، وسد الطريق فى وجه الدعاة؛ فالله - عز وجل - أوجب على المسلمين قتالهم؛ دفعًا لاعتدائهم، وإزالة لعقباتهم؛ حتى لا تكون فتنة ولا محنة، ويكون الدين كله لله.

قال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]

وقال عز وجل: ﴿وَٱقۡتُلُوهُمۡ حَيۡثُ ثَقِفۡتُمُوهُمۡ وَأَخۡرِجُوهُم مِّنۡ حَيۡثُ أَخۡرَجُوكُمۡۚ وَٱلۡفِتۡنَةُ أَشَدُّ مِنَ ٱلۡقَتۡلِۚ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمۡ عِندَ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمۡ فِيهِۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمۡ فَٱقۡتُلُوهُمۡۗ كَذَٰلِكَ جَزَآءُ ٱلۡكَٰفِرِينَ فَإِنِ ٱنتَهَوۡاْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِۖ فَإِنِ ٱنتَهَوۡاْ فَلَا عُدۡوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ، ١٩١ - ١٩٣].

وقال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمۡ لَا تُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلۡمُسۡتَضۡعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلۡوِلۡدَٰنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَآ أَخۡرِجۡنَا مِنۡ هَٰذِهِ ٱلۡقَرۡيَةِ ٱلظَّالِمِ أَهۡلُهَا وَٱجۡعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا وَٱجۡعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا﴾ [النساء: ٧٥].

وقال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِۚ فَإِنِ ٱنتَهَوۡاْ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ﴾ [الأنفال: ٣٩].

وقال تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمۡ ظُلِمُواْۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصۡرِهِمۡ لَقَدِيرٌ﴾ [الحج: ٣٩].

وهذه هى أول آية نزلت فى القتال، وليس فيها شائبة من شوائب الإكراه فى العقيدة؛ وإنما هى على العكس من ذلك تقرر أن الحرب أمر لا بد منه؛ حفظًا للنظام وتقويضًا لدعائم البغى والظلم والطغيان، ولولاها لفسدت الأرض وهدمت فيها أماكن العبادة.

والآية لا تنظر فى هذا الشأن إلى المسلمين خاصة؛ بل تشمل أماكن العبادة لغيرهم.

يقول - عز وجل - فيها: ﴿وَلَوۡلَا دَفۡعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعۡضَهُم بِبَعۡضٖ لَّهُدِّمَتۡ صَوَٰمِعُ وَبِيَعٞ وَصَلَوَٰتٞ وَمَسَٰجِدُ يُذۡكَرُ فِيهَا ٱسۡمُ ٱللَّهِ كَثِيرٗاۗ﴾ [الحج: ٤٠]. =

. . . .

= ٢- أن الإسلام يجنح للسلم لا للحرب، قال تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١].

وإن الإسلام لا يجيز قتل النفس لمجرد أنها تدين بغير الإسلام، كما أن الإسلام لا يمنع من القتل إذا تحقق سببه من قصاص ونحوه، ولا يبيح الإسلام للمسلمين قتال مخالفيهم بمخالفتهم في الدين؛ وإنما يأذن لهم فى قتالهم ويوجبه، إذا وقع منهم عدوان على بلاد المسلمين، أو على دعوتهم.

٣- اتفاق جمهور المسلمين على: أنه لا يحل قتل النساء والصبيان والرهبان والأعمى والشيخ الكبير والعجزة ونحوهم، ولو أن القتال كان للحمل على إجابة الدعوة، وطريقًا؛ من طرقها حتى لا يوجد مخالف فى الدين - ما ساغ استثناء هؤلاء، واستثناؤهم دليل على أن القتال إنما هو لمن يقاتل؛ دفعًا لعدوانه. فإن قيل: استثناؤهم؛ لأنهم تبع لغيرهم - يقال: إن سلم فى الصبيان فلا يسلم فى الرهبان والشيوخ.

٤- أن وسائل القهر والإكراه، ليست من طرق الدعوة إلى الدين؛ لأن الدين أساسه الإيمان القلبى والاعتقاد، وهذا الأساس تكوّنه الحجة لا السيف؛ ولهذا يقول الله - عز وجل - ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

ويقول - عز وجل -: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَن فِي ٱلْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًاۚ أَفَأَنتَ تُكْرِهُ ٱلنَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُواْ مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩].

ولدى النظر فى أدلة الفريقين، يظهر ترجيح القول بأن الإسلام أسس علاقة المسلمين بغيرهم على المسالمة والأمان لا على الحرب والقتال، إلا إذا أريدوا بسوء؛ لفتنتهم عن دينهم، أو صدهم عن دعوتهم، أو الاعتداء على حقوقهم وأوطانهم وأموالهم؛ فحينئذ يفرض عليهم الجهاد فرض عين؛ دفعًا للعدوان وحماية للدعوة.

يتضح ذلك من قوله - تعالى -: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨].

وقوله تعالى: ﴿فَإِنِ ٱعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْاْ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَمَ فَمَا جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٩٠].

وقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١].

وهناك كثير من الآيات يعزز هذه الروح السلمية، ويبعد أن يكون الإسلام أسس علاقات المسلمين بغيرهم على الحرب الدائمة، وأن يكون قد فرض الجهاد وشرع القتال على أنه طريق الدعوة إلى الدين؛ لأن الله - تعالى - نفى أن يكون إكراهٌ على الدين، وأنكر أن يكره الناس حتى يكونوا مؤمنين. وكيف يكون الإيمان بالإكراه، أو كيف يصل السيف إلى القلوب؟! إن طريق الدعوة إلى التوحيد وعبادة الله والإخلاص له هى الحجة لا السيف، ولو أن غير المسلمين كفوا عن قتال المسلمين وفتنتهم عن دينهم والاعتداء عليهم وتركوهم أحرارًا فى دعوتهم - ما شهر المسلمون سيفًا ولا أقاموا حربًا.

وما كان القتال زمن النبى ﷺ إلا دفاعًا حتى فى الغزوات التى صُورَتُها صُورَةُ المهاجمة، وما هى إلا مهاجمة قوم حربيين يَدْعَوْن إلى السلم فلا يجيبون.

أما احتجاج الفريق الأول: بأن آيات القتال جاءت مطلقة فلا ينهض حجة على دليلهم؛ لأن كثيرًا من الآيات جاءت مقترنة بالسبب الذى من أجله شرع القتال، وفى هذه الحالة يمكن حمل المطلق على المقيد؛ على معنى: أن الله - تعالى - أذن فى القتال؛ لقطع الفتنة، وحماية الدعوة، ودفع =

. . . .

= الاعتداء: فتارة ذكر القتال مقرونًا بسببه، وتارة ذكره مطلقًا؛ اكتفاء بعلم السبب فى آيات أخرى.

أما تمسكهم بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ ٱلْكُفَّارِ وَلْيَجِدُوا۟ فِيكُمْ غِلْظَةً﴾[التوبة: ١٢٣].

وادعاؤهم بأنها تأمر بقتال الكفار عامة حصل اعتداء منهم أو لم يحصل حتى يؤمنوا ويدينوا بالإسلام فغير وارد.

إذ الواقع أن الآية ليست واردة فى بيان سبب القتال؛ وإنما جاءت إرشادًا لخطة حربية عملية يجب أن يترسمها المسلمون عند نشوب القتال المشروع؛ فهى ترشدهم إلى وجوب البدء عند تعدد الأعداء بقتال الأقرب فالأقرب؛ عملًا على إخلاء الطريق من الأعداء المناوئين وتسهيلًا لسبيل الانتصار.

وهذا المبدأ الذى قرره الإسلام منذ أربعة عشر قرنًا من المبادئ التى تعمل بها الدول المتحاربة فى هذا العصر؛ فلا تخطو دولة محاربة إلى دولة أو قوة بينها وبينهم دول محاربة؛ عملًا على الاطمئنان إلى زوال العقبات من الطريق.

أما استنادهم على حديث: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ؛ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ. . .» - فإن جميع المسلمين متفقون على أن المراد بالناس فى هذا الحديث مشركو العرب خاصة؛ لأن غيرهم من أهل الكتاب، ومشركى غير العرب حكمهم يخالف ما جاء فى الحديث؛ لأنهم يقاتلون، إذا رفضوا الإسلام، ولم يعطوا الجزية.

فالحديث فى طائفة خاصة، والقتال فيه لدفع الشر لا للدعوة، ولو كان للدعوة لكانوا هم وغيرهم سواسية.

وأما احتجاجهم بالنهى عن اتخاذ الكافرين أولياء فهذا ليس بدليل؛ لأن مورد النهى موالاتهم ومحالفتهم ونصرتهم على المسلمين، وهذا لا خلاف فى تحريمه ومنعه. وموالاتهم بمعنى المسالمة والمعاملة بالحسنى، وتبادل المنافع - فهذا غير محظور؛ ما داموا لم يقاتلوهم، ولم يخرجوهم من ديارهم.

قال عز وجل: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨].

بل يذهب الإسلام إلى أبعد من هذا: يذهب إلى مخالطة أهل الكتاب فى الطعام والشراب، وإلى حل مصاهرتهم، والمصاهرة أمر عظيم؛ فهى العلاقة التى تتكون بها الأسر، وبها يمتزج الطرفان ويشتركان فى التناسل والمسئولية عن تربية الأبناء، وهذا أسمى ما يتضاءل أمام روعته أحدث مبدأ فى العلاقات الدولية العامة.

ومن هنا - يتبين أن الحرب فى الإسلام لم تكن للإكراه على الدين، وأن اقترانها بانتشار الدعوة، ليس دليلًا ولا شبه دليل على سببية الحرب فى هذا الشأن.

قال الفخر الرازى فى تفسير قوله - تعالى -: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِ ۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَىِّ ۚ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

إنه تعالى لما بين دلائل التوحيد بيانًا شافيًا قاطعًا للمعذرة، قال بعد ذلك: إنه لم يبق بعد إيضاح هذه الدلائل عذر للكافر فى الإقامة على كفره، إلا أن يجبر ويقسر على الإيمان، وذلك مما لا يجوز فى دار الدنيا التى هى دار الابتلاء؛ إذ إن فى القهر والإكراه على الدين بطلان معنى الابتلاء والامتحان، ونظير هذا قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَـَٔامَنَ مَن فِى ٱلْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا ۚ أَفَأَنتَ تُكْرِهُ ٱلنَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا۟ مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩].

أى: والجهاد وإقامة مناسك الحج والعمرة كل سنة فرض كفاية. والأصل فى وجوب الجهاد الكتاب والسنة والإجماع. قال الله تعالى: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ الآية [التوبة: ٣٦] وقال ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله . . .»(١) الحديث، والآيات والأحاديث الدالة على ذلك كثيرة.

والجهاد ينقسم إلى فرض كفاية وفرض عين، فإذا لزم الكفار بلدهم وكفوا أيديهم عن المسلمين، فالجهاد حينئذ فرض كفاية يجب النهوض إليه؛ لإعلاء كلمة الإخلاص للإسلام. إذا قام به البعض سقط الإثم عن الكل، ولا يتعين على الكل؛ لأنه لو تعين لتعطلت المعايش.

ويدل على ذلك قوله ﷺ: «من جهز غازيًا فقد غزا»(٢). ويسقط هذا الفرض بأحد أمرين: إما أن يشحن الإمام الثغور بالرجال المكافئة للعدو فى القتال، ويولى على كل ثغر أمينًا كافيًا يقلده أمر الجهاد وأمور المسلمين.

وإما أن يدخل دار الكفر غازيًا بنفسه بالجيوش أو يؤمر عليهم من يصلح لذلك. وأقله مرة كل سنة؛ لأن العادة الغالبة أن الأموال والعدد لا يتوافى(٣) لتجهيز الأجناد فى السنة أكثر من مرة، لأنه إذا أوقدت الحروب، واصطلى الرجال بنارها، ونالوا ونيل منهم - لم يكد يتفق الاستعداد التام فى العادة إلا فى سنة.

= ومما جاء فى تفسير قوله - تعالى -: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَـٰتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟﴾ [البقرة: ١٩٠].

للأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده: «كان المشركون يبدءون المسلمين بالقتال؛ لأجل إرجاعهم، ولو لم يبدءوا فى كل واقعة؛ لكان اعتداؤهم بإخراج الرسول ﷺ من بلده، وفتنة المؤمنين، وإيذائهم ومنع الدعوة - كل ذلك كان كافيًا فى اعتبارهم معتدين».

فقتال النبى ﷺ كان مدافعة عن الحق وأهله، وحماية لدعوة الحق؛ ولذلك كان تقديم الدعوة شرطًا لجواز القتال، وإنما تكون الدعوة بالحجة والبرهان، لا بالسيف والسنان؛ فإذا مُنِعنا من الدعوة بالقوة: بأن هُدِّدَ الداعى أو قُتِلَ؛ فعلينا أن نقاتل لحماية الدعوة، ونشر الدعوة لا للإكراه على الدين؛ فالله - تعالى - يقول: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِ ۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَىِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

ويقول: ﴿أَفَأَنتَ تُكْرِهُ ٱلنَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا۟ مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩].

وإذا لم يوجد من يمنع الدعوة، ويؤذى الدعاة أو يقتلهم، أو يهدد الأمن، ويعتدى على المؤمنين - فإن الله - تعالى - لا يفرض علينا القتال لأجل سفك الدماء وإزهاق الأرواح، ولا لأجل الطمع فى الكسب.

ولقد كانت حروب الصحابة فى الصدر الأول؛ لأجل حماية الدعوة، ومنع المسلمين من عنت الظالمين، لا لأجل البغى والعدوان.

(١) أخرجه البخارى (١٣٩٩) ومسلم (٣٣/ ٢١).

(٢) أخرجه البخارى (٢٨٤٣) ومسلم (١٣٦/ ١٨٩٥).

(٣) فى أ: لا تتوالى.

فإن كان فى جهات الكفار جهة أهم بدأ بها، وإن استوت الجهات بدأ بما شاء، فإن اتسع الجيش للجهات كلها بثه فيها وعمم الثغور.

ولا يشترط لوجوب الجهاد أمن الطريق كما قلنا فى الحج؛ لأن المجاهد متأهب لمصادمة المخاوف بخلاف الحاج.

وهو فى الوجوب كل سنة مرة، كإحياء المناسك، وإظهار شعائر الحج والعمرة، وتعظيم تلك البقاع من زيارة البيت والطواف به والسعى، والصلاة فى المسجد الحرام، والوقوف بعرفة، والرمى، والمبيت بمزدلفة ومنى، على أن النفوس - والحمد لله - مجبولة على ذلك غير محتاجة إلى تكلف لها عليه.

وقد بينا أن فرض الكفاية يسقط إذا قام به البعض.

واعلم أنه إذا تعطل أثم كل من علم به، وكذا من لا يعلم إذا أمكنه البحث ولم يبحث، فمن علم انقطاع الحجج أو الجهاد لزمه التجهيز له، وكذا من لم يعلم إذا كان مقصرًا فى البحث بحيث لو سأل لعلم، كمن سمع بمرضى مطروحين ومات بعضهم ولم يعلم، لكنه لو بحث عن حالهم لعلم فهذا مقصر.

والجهاد فرض كفاية؛ كالقيام بالحجج الدينية، فيجب أن يكون فى القطر من يقيم البراهين على أصول الديانات، وحل المشكلات.

ومنها القيام بعلوم الشرع المتعلقة بفروع الدين؛ كعلم الفقه وأصوله، والقيام بالفتوى والاستعداد لها.

ومنها دفع الضرر عن المسلمين؛ كإطعام جائع، وستر العارى إذا لم تف الصدقات، وبيت المال بذلك، وجب على المثرين من الأموال.

ومنها الإمامة التى هى الدعامة العظمى لحماية بيضة الإسلام.

ومنها القضاء لدفع الظلم عن المظلوم، فإن الظلم من شيم النفوس.

ومنها الشهادة تحملاً وأداء فرض كفاية على ما سيأتى فى بابها.

ومنها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، واقتصر على الأمر بالمعروف لتناوله النهى عن المنكر؛ لأن الأمر بشىء نهى عن ضده.

ومنها الحرف والصنائع وما به قوام المعاش من الحرث والزراعة والحياكة والخياطة والحجامة، والبيع والشراء، وقد جبلت النفوس على حبها والقيام بها.

ومنها تجهيز الموتى غسلاً وكفنًا، وصلاة ودفنًا.

ومنها رد السلام، فإذا سلم رجل أو جماعة على جماعة وأجاب واحد منهم، سقط

الفرض عن الباقين. وإن امتنعوا أثم الجميع، وإن سلم على واحد تعين الرد عليه. وأما الابتداء بالسلام فهو سنة مؤكدة لا غير.

وقوله: على مسلم مكلف حر ذكر بصير له سلاح ومؤن حج بلا مرض وعرج بين، وحرم دون إذن غريم له حبسه وأصل مسلم وكذا سفر خطر لتجارة لا علم ولو كافرًا، فإن أذن ورجع كف ورجع لا زعيم أو من صف.

أى: الجهاد كل سنة فرض كفاية على كل مسلم. فخرج بقوله: «مسلم» الكافر، فلا يجب على الذمى الجهاد؛ لأنه بذل الجزية ليذب عنه لا ليذب عنا.

وخرج بقوله: «مكلف»: الصبى، والمجنون؛ لرفع القلم عنهما. وخرج بقوله: «حر»: الرقيق؛ لأنه ﷺ كان يبايع الأحرار على الإسلام والجهاد، ويبايع العبيد على الإسلام دون الجهاد. فلا يجب عليه، ولو أمره به سيده لم يلزمه طاعته؛ إذ القتال ليس من الاستخدام، ولا يجب عليه الدفع عن سيده؛ إذ لم نوجب الدفع عن الغير.

وخرج بقوله: «ذكر»: الأنثى؛ لعجزها عنه، ويجوز لهن الخروج بالإذن لمداواة الجرحى والمرضى، وإعانة المجاهدين.

وخرج بقوله: «بصيرًا»: الأعمى؛ لقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١]. ولا يجب إلا على قادر على السلاح، وسائر المؤن التى تشترط لوجوب الحج من الزاد والراحلة، فاضلاً عن نفقته من تلزمه نفقته كالحج إلا الأمن فى الطريق؛ لأنه ليس بشرط وقد سبق بيانه.

وهذا كله إذا خلا المكلف الموصوف من المرض، الذى يشق معه القتال، ولا اعتبار بصداع وحمى خفيفين ووجع ضرس.

ولا يجب على من به عرج بين وإن أمكنه الركوب وقدر عليه؛ لأن الدابة قد تهلك، ولا أثر للعرج اليسير الذى يمكن معه الكر والفر ومكافحة الأقران.

ويحرم على المديون الخروج للجهاد الذى هو فرض كفاية، يقصد الكفار فيه إلى بلادهم، سواء كان السفر طويلاً أو قصيرًا؛ لأن اشتغاله بقضاء دينه فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض كفاية.

فإن أذن له الغريم فله الخروج، ولا يمنعه الخروج إلا إذا كان الدين حالًّا وهو موسر؛ لأنه حينئذ يستحق حبسه. فإن كان مؤجلاً أو المديون معسرًا، لم يكن له منعه على الأصح. وكذلك إذا كان له أصل مسلم من أب أو أم أو جد أو جدة، ولو مع وجود الأب والأم فلكل منعه من سفر الجهاد؛ لحديث ابن عمر رضى الله عنهما: «جاء رجل إلى النبى

ﷺ يستأذنه فى الجهاد، فقال: أحى والداك؟ قال: نعم. قال: ففيهما فجاهد»(١).

وقاسوا الجد والجدة عليهما.

وإن كان فى سفر التجارة نظرت: فإن كان فيه خطر كركوب البحر والبوادى المخطرة، لم يجز السفر بغير إذن الوالدين. وإن لم يكن كذلك جاز وليس لهما منعه.

هذا إذا كان لتجارة، فإن كان لطلب العلم لم يكن لهما منعه إن تعين؛ لأنه فرض عين، وكذا إن كان فرض كفاية على الأصح.

وإنما منع من سفر الجهاد؛ لأنه سفر تبذل فيه النفس للموت. واعلم أن الوالد إذا كان كافرًا لم يتوقف الجهاد على إذنه [لأنه متهم فى جهاد الكفار، وإن كان لسفر تجارة مخطرة توقف على إذنه](٢) كالمسلم؛ لحرمة الأبوة وعدم التهمة. فإن أذن الوالد أو الغريم، ثم رجعا عن الإذن نظرت:

فإن كان قبل الشروع أو بعده وقبل الدخول فى القتال، وجب عليه الكف عن السفر والرجوع، لكن لا يلزمه الرجوع وحده، بل له أن ينتظر رفقة، وله أن يسير مع الجيش إلى مكان الأمن ليقعد فيه لانتظار الرفقة. وإن كان بعد التلبس بالقتال لم يجز الرجوع؛ لأنه قد صار فرض عين.

وكذلك إذا كان زعيمًا تنكسر برجوعه قلوب الجيش، وتضعف همتهم - لا يجوز له الرجوع.

[وقوله فى الحاوى: «كزيارة الكعبة»، إلى قوله: «لا من القتال»، فيه أمور:

أحدها: قوله «كزيارة الكعبة» اقتصر على زيارة الكعبة، فاقتضى أنه يسقط الفرض بزيارتها والطواف بها، وعبارة الرافعى: «ومن فروض الكفاية إحياء الكعبة بالحج كل سنة»، ثم قال: هكذا أطلقوه، وينبغى أن تكون العمرة كالحج، بل الاعتكاف والصلاة فى المسجد الحرام فإن التعظيم واجب البقعة يحصل بذلك، فقال النووى: قلت: لا يحصل مقصود الحج بم ذكره، فإنه مشتمل على الوقوف بعرفة والرمى والمبيت بمزدلفة ومنى وإحياء تلك البقاع. انتهى.

والحق أن لا اعتراض على الرافعى، فإنه لم يرد حج البيت، بل أراد الحج المشتمل على جميع ما ذكره النووى وزاد عليه العمرة والاعتكاف بالمسجد والصلاة فيه.

---

(١) أخرجه البخارى (٣٠٠٤) ومسلم (٢٥٤٩).

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الثاني: قوله: «كل مكلف حر ذكر» ولم يتعرض للإسلام، فزاد الميمى وصاحب التعليقة والقونوى الإسلام ليخرج الذمى، وذكر ابن النحوى أنهم زادوا الإسلام، وقال: «وهذا عجيب؛ فإن الكلام فيمن يقوم بفرض الكفاية»، والحق أن لا عجب فإنهم اشترطوا الإسلام فى وجوب المكتوبات، وفعلها يتعذر من الكافر، بخلاف الجهاد فإنهم قد جوزوا الاستعانة فيه بالكافر، وقد ذكر هذا القيد الرافعى والنووى فى الروضة، فلو اعتذر عن المصنف بأنه اكتفى بقوله بعد: «وله أن يستعين بكافر» لكان عذرًا واضحا؛ لأنه يعلم منه أن القتال ليس بواجب على من يجوز الاستعانة به فى حال دون حالٍ.

الثالث: قوله: «ومنع بدين حالٌ » أطلق أن للغريم منعه بالدين الحال، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان موسرًا لأنه حينئذ يستحق حبسه، وأما المعسر فلا يمنعه على الأصح كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الرابع: أن مقتضى قوله: «بلا مرض، ومنع بدين حالٌ» أنه إذا لم تحصل منع ولا أذى كان له الخروج، وليس كذلك، بل لا يجوز الخروج إلا بالإذن كما هو المعروف فى كلامهم.

الخامس: أنه سكت عما إذا كان المرجوع عن الإذن له زعيما تنكسر قلوب الجيش برجوعه فإنه لا يرجع، وإن لم يرجع للقتال][1].

وقوله: ويناوب الإمام ولكل تجهيز مسلم ولإمام استعانة بكافر لحاجة إن أمن لو غدر وبصبى وعبد بإذن وبمنجنيق وماء ونار ولو فيهم مسلم، ولذمى لا مسلم أكرهه أَجْرٌ[2] من خمس الخمس إن قاتل، وإلا فلذهاب وأجر دافن فقير عينه الإمام من بيت المال ثم سقط.

أى: وينبغى للإمام أن يناوب بين الناس فى الغزو، ولا يتحامل على قوم دون قوم.

ويجوز أن يستعين بالكفار من أهل الذمة والمشركين على جهاد الكفار بشروط: أن تدعو الحاجة إلى ذلك. وأن يثق بهم ويحسن رأيهم[3] فينا. وأن يكون بحيث يكافئ الجميع لو فرض عددهم[4] واجتماعهم، وإلى هذا الشرط أشار بقوله: «إن أمن لو غدر».

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: آخرت.
(٣) فى أ: الرأى.
(٤) فى ط: غدرهم.

وله أن يستعين بالعبد بإذن مولاه، وأن يستعين بأهل الجلادة من الصبيان إذا كان لهم غنى فى القتال.

وله أن يستعين بنصب المنجنيق عليهم وإرسال الماء إن أمكن إغراقهم به، ورميهم بالنفط وبما يحرقهم إن أمكن إحراقهم.

فقد سئل النبى ﷺ عن المشركين يبيتون فيصاب من نسائهم وذراريهم فقال ﷺ: «هم منهم»[١].

وإذا كان فى بلد[٢] الكفار مسلم أسير أو تاجر أو مستأمن أو طائفة من هؤلاء، فإنه لا يكره قصدهم وتبييتهم وإرسال المهلك عليهم إذا كان يحصل الفتح بذلك. وإلا جاز وكره على المذهب؛ إذ لو منعنا من ذلك لاتخذوه ذريعة، وقد لا يصيب المسلم، وإن هلك فيهم رزق الشهادة.

ويجوز لكل أحد تجهيز غزاة من ماله وإعانتهم عليه، وترغيبهم فيه بغير إذن الإمام، ولا يجوز تجهيز غير المسلم وترغيبه فى الجهاد إلا للإمام لاحتياجه إلى النظر والاجتهاد.

وإذا أخرج الإمام أهل الذمة للجهاد برضاهم ولم يذكر لهم أجرة وقاتلوا، فهم أهل الرضخ.

وإن استأجرهم فلهم الأجرة، وإن فسدت أو خرجوا[٣] قهرًا فلهم أجرة المثل، فيعطون مثل أجرة من استؤجر للقتال.

هذا إذا قاتلوا، فإذا هربوا قبل القتال أو أذن لهم، فلهم أجرة الذهاب؛ لأنه قد استوفيت منافعهم بالسير إلى القتال.

وإن وقفوا ولكن لم يقاتلوا فليس لهم إلا أجرة الذهاب لا أجرة الوقوف على الأصح.

وتجب أجرتهم هذه من خمس الخمس، ولا يتعين من هذه الغنيمة[٤].

وكذلك إذا عين الإمام رجلاً لغسل ميت أو دفنه: فإن كان له تركة فالأجرة فى تركته، وإن كان فقيرًا لا شىء له فهى على بيت المال. وإن لم يكن فيه شىء سقطت؛ لأنه أسقط فرضًا عن نفسه، والله أعلم.

وقوله: ورق حربى قهره حربى، وغير كامل قهرناه ولو عتيق ذمى وحاملاً بمسلم،

---

(١) أخرجه البخارى (٣٠١٢) ومسلم (٢٦/ ١٧٤٥).

(٢) فى أ: بلاد.

(٣) فى أ: أو أخرجوا.

(٤) فى ط: القيمة.

والكامل رجل عاقل حر فلمصلحة استرقه، أو من أو فدى، والفداء غنيمة أو قتله لا مسلمًا وعصم من أسلم قبل ظفر وماله وولد صغير أو مجنون ومعتق لا زوجة، وبطل بحدوث رق لا نقله نكاح وإجارة ودين لا على ملتزم أو له وقضى مما غنم له بعد رقه ولا يبطل بإسلام وأمان عقد ودين به غير خمر.

أي: فإذا قهر الحربى فى دار الحرب حربيًا ملكه سواء كان المقهور كاملاً أو غير كاملٍ، بل لو قهر عبد سيده أو عتيق معتقه ملكه.

فإن أعتقه عتيقه كان لكل منهما الولاء على الآخر؛ لأن الدار دار إباحة واستيلاء، بخلاف ما إذا قهره فى دار الإسلام، وكذلك إذا قهرنا أهل الحرب، فمن كان منهم غير كامل رق بنفس الأسر؛ كالمرأة والصبى والمجنون والرقيق.

ولو أعتق ذمى ذميًا فلحق بدار الحرب، ثم ظفرنا به وأسرناه - جاز استرقاقه إن كان كاملاً، و رق بنفس الأسر إن كان ناقصًا.

ولو أسلم حربى وله زوجة حامل منه، جاز استرقاقها وحملها مسلم، ولا يخفى أن الحمل لا يسترق.

ولو أعتق المسلم كتابيًا فلحق بدار الحرب، لم يجز استرقاقه لحرمة حق المسلم. والفرق: أن الذمى لو لحق بدار الحرب، لم يجز(١) استرقاقه فضلاً عن عتيقه(٢).

وإن كان من قهرناه وأسرناه كاملاً، عمل الإمام بالمصلحة، وتخير بين القتل والمن والفداء، والاسترقاق - تخيير نظر واحتياط لا تشبيه.

والكامل هو الحر البالغ العاقل الذكر، والفداء إذا كان كاملاً فهو من جملة الغنيمة كما إذا استرقه فإنه يكون غنيمة، وإن فداه بأسرى جاز ولو جماعة بأسير؛ لأنه إذا جاز أن يمن عليهم [بلا شيء ففداؤهم بأسير](٣) مسلم أولى.

وإذا أسلم الكامل عصم دمه من القتل، ويبقى للإمام الخيار فى الفداء والاسترقاق والمن، وقيل: يرق بمجرد الإسلام. والأصح خلافه. ومن أسلم قبل الظفر به فقد عصم من القتل والرق، وعصم ماله وأولاده الصغار، وكذا من كان منهم مجنونًا، ولو طرأ جنونه بعد الكمال وكذا من أعتقه(٤).

---

(١) فى ط: جاز.
(٢) فى ط: عتقه.
(٣) فى ط: فلا شيء ففداؤهم بأسر.
(٤) فى ط: عتقه.

ولا يعصم زوجته بإسلامه على الأصح. والفرق: أن الولاء لحمة كلحمة النسب، لا يمكن رفعه بخلاف النكاح. ويعلم من عصمة عتيق حربى أسلم عصمة عتيق المسلم إذا التحق بدار الحرب وأسر من طريق الأولى، وإذا حدث الرق لأحد الزوجين - أما المرأة بمجرد الأسر والرجل بالاسترقاق - انفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده؛ لأن الرق يزيل ملكها عن نفسها فملك الزوج أولى. ولقوله ﷺ فى السبى: «لا توطأ حامل حتى تضع»[١] ولم يفرق بين منكوحة ولا غيرها.

وهذا إذا حدث الرق على الزوجين أو أحدهما، أما إذا كان السبى رقيقًا، فإن النكاح لا ينفسخ على الأصح؛ لأنه لم يحدث رق؛ وإنما انتقل من شخص إلى شخص فأشبه البيع.

فلو سبيت أمة مزوجة، لم ينفسخ نكاحها لمجرد الأسر.

وحدوث الرق على من أسر من أهل الحرب ينفسخ به الإجارة، وتسقط به الديون التى بينه وبين أهل الحرب.

أما الديون التى بينه وبين الملتزمين للأحكام من المسلمين والذميين، فما كان موجبه الإتلاف ونحوه فيسقط، وأما ديون المعاملات فمستمرة على حالها.

فما كان له على ملتزم فهو غنيمة كودائعه، وكذلك ما يستحقه بعقد الإجارة، وما كان عليه من ذلك قضى من ماله [المغتنم بعد رقه][٢] لا قبله.

وكذا من المقارن لاسترقاقه على الأصح، بل قد صار للغانمين، فإن لم يكن مال بقى فى ذمته إلى أن يعتق. ويظهر وجود المقارنة فى النسوة، وقد يفرض ذلك فى الكامل، بأن يقع الاغتنام مع استرقاق الإمام له.

وإذا أسلم الحربيان أو أحدهما، أو عقدت لهما الذمة، أو لأحدهما، وبينهما عقود وديون[٣] معاملة - لم تبطل.

أما إذا أسلما أو استأمنا جميعًا أو الغريم فقطعا.

وكذلك إذا سبق المديون أو الزوج على المذهب، فتبقى عليهما المطالبة بالصداق والدين [فوجب له الإتلاف ونحوه فسقط، وأما ديون المعاملات فمستقرة على حالها مما كان][٤]، إلا إذا كان خمرًا فإنه لا مطالبة به.

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٦٢) وأبو داود (٢١٥٧) والحاكم (٢/ ١٩٥).
(٢) فى ط: المغنم بعد رقّ.
(٣) فى أ: وعيون.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

[وقوله فى الحاوي: «وله أن يستعين بكافر مأمون» إلى قوله: «وإن أسلم حربيان أو ذميان بقى دين فى عقدهما»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «وله أن يستعين بكافر مأمون بقى عليه شرطان:

أحدهما: أن تدعو الحاجة إلى الاستعانة، فإن كان غنيًّا عنها لم يجز.

الثاني: أن يكون فى المسلمين ما يكافئ الكافرين المستعان به والمستعان عليه لو فرض عذر من هؤلاء.

الثالث: قوله: «وإن أسلم» يعنى الكامل عصم دمه وقبل الظفر ماله وولده ولا يختص ذلك بالكامل بل المرأة كذلك إن أسلمت قبل الظفر.

الرابع: قوله: «ولده الطفل»، المراد به الصبى ما لم يبلغ وإن كان من المقاتلة.

الخامس: قوله: «فإن سبيت انقطع نكاحه كسبى الزوجين وواحد منهما أما سبيهما معًا فينقطع به النكاح؛ لأن المرأة ترق بنفس السبى وأما أحدهما: فليس على إطلاقه، فإنه إذا سبى الزوج لم يرق بمجرد ذلك بل إذا من عليه أو فدى نفسه فالنكاح باق؛ لأن السبى فى اللغة هو الأسر، قال فى الصحاح: السبى والإسباء: الأسر، وقد سبيت العدو سبيًا وسباءً إذا أسرته.

السادس: قوله: «وإن أسلم حربيان أو أمَّنا بقى دين عقدهما» فالمفهوم منه ومما قاله الشراح أنه إذا أسلم أحدهما لا يبقى حتى أوهم كلام الشراح أن إسلام الغريم وحده يسقط دينه عن الحربى قطعًا، وفى إسلام المديون الخلاف وهو بالعكس كما يقتضيه.

قاعدة المذهب من صحة معاملة المسلم للحربى ومن كون المرأة تتقدم بالإسلام فلا يبطل صداقها حتى إذا أسلم الزوج فى العدة نفى النكاح والمهر.

قال ابن النحوي: مفهومه إذا أسلم أحدهما، أو أومن لا يبقى دين عقده وهو قول فيما إذا أسلم المستحق عليه، والأصح البقاء وهو ما فى العجاب، هذا لفظه ففى «العزيز» و«الروضة» الحكم أيضًا كذلك][١].

وقوله: وكره استقلال بغزو لا براز وقتل قريب لم يسب الشارع والمحرم أشد ونقل رأس وإتلاف ما يظن غنمه، وحل قتل خيل لحاجة وعقلاء رجالهم ورمى نساء تترس بهن لا مسلم إلا بصف وخوف هزيمة.

أى: ويكره أن تستقل طائفة بالجهاد من غير إذن الإمام؛ لاحتياج الجهاد إلى نظر الإمام

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

واجتهاده.

ولا تكره المبارزة بغير إذنه؛ لأن عبد الله بن رواحة رضى الله عنه وابنى عفراء - رضى الله تعالى عنهما - بارزوا يوم بدر ولم ينكر عليهم رسول الله ﷺ(١). وإذا ادعى مشرك استحب الخروج إليه.

ويكره قتل القريب، فإن كان القريب محرمًا كانت الكراهة أشد، إلا إذا سمعه يسب الله تعالى ورسوله ﷺ فحينئذ لا يكره قتله؛ لأن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قتل أباه حين سب الله وسب رسول الله ﷺ ولم ينكر عليه ﷺ(٢).

ويكره نقل رءوس الكفرة إلى بلد الإسلام؛ لنهى أبى بكر - رضى الله تعالى عنه - عن ذلك وقال: ما فعل هذا فى عهد النبى ﷺ(٣).

وما روى فى حمل رأس أبى جهل(٤) فقد تكلموا فيه، وعلى تقدير ثبوته فإنما نقل من بقعة إلى بقعة ليتحقق قتله.

ويكره أيضًا إتلاف أموالهم التى يغلب على الظن أنا نأخذها غنيمة، وإن لم يكن كذلك لم تكره إغاظتهم بإتلافها؛ لأن النبى ﷺ قطع نخل بنى النضير(٥)، وهذا فى غير البهائم.

وفيما إذا دخلنا عابرين على بلادهم ولم نستقر بها، أما إذا فتحناها عنوة فقد صارت أموالهم غنيمة للمسلمين فلا يحل إتلافها.

وكذا إذا فتحت صلحًا على بعض أموالهم، وأما البهائم فيجوز قتل الخيل التى يقاتلون عليها، إذا دعت الحاجة إلى قتلها للظفر بهم، أو خفنا أن يقاتلوا عليها.

ولا يجوز قتل سائر الحيوان من أموالهم، ويجوز قتل كل رجل عاقل من الكفار ولو راهبًا وعسيفًا ومحترفًا وشيخًا كبيرًا لا سيما ذو الرأى لهم وأعمى وزمنًا ومقطوع أطراف؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥].

ويفهم من اقتصاره على الرجل العاقل أنه لا يجوز قتل النساء والصبيان والمجانين؛ لأنه

---

(١) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٩٩) وعزاه لابن إسحاق فى المغازى.

(٢) أما قتل أبى عبيدة بن الجراح لأبيه فهذا ثابت عنه كما رواه ابن أبى حاتم والطبرانى والحاكم وأبو نعيم فى الحلية والبيهقى فى سننه وابن عساكر عن عبد الله بن شوذب قال: جعل والد أبى عبيدة ابن الجراح يتصدى لأبى عبيدة يوم بدر وجعل أبو عبيدة يحيد عنه فلما أكثر؛ قصده أبو عبيدة فقتله فنزلت ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ...﴾ الآية. انظر الدر المنثور للسيوطى (٦/ ٢٧٤).

(٣) أخرجه النسائى فى الكبرى (٥/ ٢٠٤-٢٠٥) والبيهقى فى السنن الكبرى (٩/ ١٣٢).

(٤) أخرجه أبو نعيم فى المعرفة من طريق الطبرانى فى ترجمة معاذ بن عمرو بن الجموح كما فى تلخيص الحبير (٤/ ١٩٩-٢٠٠) وأخرجه ابن ماجه (١٣٩١) عن عبد الله بن أبى أوفى.

(٥) أخرجه البخارى (٢٣٢٦) ومسلم (٢٩/ ١٧٤٦).

ﷺ مر بامرأة مقتولة فقال: «ما بال هذه تقتل ولا تقاتل؟ فقال رجل: أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفى، فلما رأت الهزيمة فينا أهوت إلى قائم سيفى؛ لتقتلنى، فقتلتها فلم ينكر عليه»(١).

فإن قاتلت قتلت للحديث وإن أسر مراهق كشف عن سوأته، فإن أنبتت فله حكم الرجال. وإن تترس الكفار بنسائهم وصبيانهم ولم يمكن الظفر بهم إلا بإصابة النساء، جاز، سواء تترسوا بهن مكرًا بالمسلمين أو عجزًا عنهم ودفعًا لهم بهن.

وقيل: إذا قصدوا بذلك الدفع عن أنفسهم لم يجز رمى النساء، وأما إذا تترسوا بأسارى المسلمين لم يجز الرمى إذا خشى إصابة المسلم إلا إذا دعت ضرورة كلية، بأن تقاتل الصفان، والتحم القتال، وخشينا الهزيمة والهلاك، فيجوز حينئذ الرمى مع توقى المسلم إن أمكن.

أما إذا تترسوا بهم فى قلعة ونحوها، فلا يجوز رميهم والتترس بمسلم.

فإن تترسوا فى القلعة بنسائهم وصبيانهم فالأصح جواز الرمى؛ طلبًا للظفر بهم، ولو تترس كافر بمسلم لم يجز للمقاتلة رميه؛ لأنا إنما جوزناه فى الأمر الكلى، ويحتمل فى الكليات ما لا يحتمل فى الجزئيات.

فإذا تترسوا بالمسلم وجوزنا الرمى للضرورة، فأصاب المسلم - لم يجب القصاص، وتجب الكفارة وكذا الدية، إلا إذا جهل كونه مسلمًا فإنها لا تجب على الأصح.

وقوله فى الحاوى: «كقتل القريب» إلى قوله: «ضرب الترس»(٢): فيه أمور:

أحدها: قوله: «كقتل القريب»: أطلق فيه الكراهة، وكذلك إذا لم يسب الله تعالى ورسوله ﷺ، فإن سب لم يكره قتله؛ لما سبق بيانه.

الثانى: قوله: «وإن تترسوا بالنساء لا دفعًا»: مقتضاه أنهم إذا تترسوا بالنساء دافعين بذلك عن أنفسهم، أنه لا يجوز ضرب الترس ولا رميه، وإنما يجوز عند الضرورة كما قلت فى المسلم.

وهذا ما صححه القفال. قال الرافعى: وقال قائلون إلى خلافه؛ قال النووى: قلت: الأرجح الجواز.

الثالث: أنه قدم قوله: «لا دفعًا»، وكان حقه أن يؤخره بعد قوله «بالمسلمين فى

---

(١) أخرجه أبو داود فى المراسيل (ص/٢٤٧) رقم (٣٣٣) ووصله الطبرانى فى الكبير (١١/٣٨٨)، (١٢٠٨٢) من حديث مقسم عن ابن عباس.

(٢) فى ط: التترس.

الصف»، فإنه شرط فى المسلمين على رأيه، وفى الأخرى فقط على الأرجح.

الرابع: أن قوله: «فى الصف»: متعلق بالمسألتين[١]؛ ولهذا اعترض عليه القونوى فقالوا: احترز المصنف عما إذا تترسوا بهم فى نحو قلعة عند محاصرتها فإنا لا نرمى الترس؛ لأننا فى غنية عن فتحها. قال: ورجح النووى جواز الرمى إلى النساء والصبيان فى هذه الصورة.

وقوله: وحرم إدبار بصف عن ضعفه ومائة بطل عن مائتين وواحد إلا لتحرف، أو تحيز لفئة وإن بدا له ولمرض وفقد سلاح وحجر وفرس يعجز دونه، ولا حق لمتحرف ومتحيز أبعد فيما غنم بعد.

أى: ولا يجوز للمجاهد أن يفر من الصف إذا لم يزد مقاتلته[٢] من الكفار على الضعف؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ﴾ الآية [الأنفال: ٦٦] فإن زادوا جاز الفرار، إلا أنه لا يجوز على الأصح فرار مائة بطل من أبطال المسلمين عن مائتين، وواحد من ضعفاء الكفار رعاية للمعنى، وقيل: يجوز نظرًا إلى الزيادة، فمن نظر إلى المعنى جوز لمائة من ضعفاء المسلمين الفرار عن مائة وتسعة وتسعين من أبطال الكفار.

ثم إنا إنما نحرم الإدبار إذا لم يكن عذر. فإن أدبر متحرفًا لقتال؛ بأن قصد أن يكمن فى موضع أو يخرج إلى موضع فسيح، أو عن مقابلة الشمس، أو الريح - فلا حرج عليه.

وكذلك إذا أدبر متحيزًا إلى فئة من المسلمين ليستنجد بهم على القتال، ولو كانت بعيدة على الصحيح؛ لإطلاق الآية، ولقول عمر - رضى الله تعالى عنه-: «أنا فئة كل مسلم»[٣]، وكان بالمدينة وجنوده بالشام والعراق. وإنما يسقط عنه الحرج؛ لصحة قصده وعزمه على العود إلى القتال.

ثم إذا تحيز إلى فئة فهل يجب عليه تحقيق قصده بالفعل بأن يعود معهم إلى القتال؟ الأصح: أنه لا يلزمه، بل إذا بدا له فى ترك القتال بعد ذلك لم يلزمه القتال؛ لأن ذلك العزم عذر خرج به عن الوجوب المتعين.

فإذا بدا له بعد ذلك عزم آخر، لم يؤثر فى إبطال عزمه المبيح للترخص، ولا يمكن مخادعة الله تعالى فى العزم.

وكذلك إذا أدبر لعذر المرض المانع من القتال، أو لفقد السلاح الذى يقاتل فيه[٤]،

(١) فى أ: بالمسلمين.
(٢) فى ط: مقابله.
(٣) أخرجه الشافعى كما فى تلخيص الحبير (٤/ ٢١١) ومن طريقه البيهقى (٩/ ٧٧).
(٤) فى أ: يقابل به.

لكن إن وجد حجارة يرمى بها، فالأصح أنه لا يجوز له الإدبار. وكذا إذا مات فرسه وهو يعجز عن القتال راجلًا، فهؤلاء معذورون فى الإدبار.

ومن حرم عليه الفرار وغلب على ظنه أنه إذا لم يفر قتل، لم يجز له الفرار؛ لأن الغزاة يقتلون، ويقتلون. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]. فقد فسرت التهلكة بالفرار من الزحف أو الخروج بغير نفقة، على خلاف ما سبق إلى الفهم.

ثم المتحيز إلى فئة بعيدة لا يشارك المجاهدين فيما غنموا بعده؛ لانقطاعه عنهم.

والمتحيز إلى القريبة يشاركهم على الأصح، والأصح أن المتحرف للقتال إذا أبعد، حكمه حكم المتحيز إلى فئة بعيدة فى عدم المشاركة فيما يحدث بعد من غنم.

وقوله فى الحاوى: والمتحرف[1] لقتال: أى قوله: والمتحيز إلى البعيدة، لا يشارك فى ما غنم بعد مفارقته: فيه أمور:

أحدها: قوله: أو تحيز إلى فئة إن لم ينكسر هذا الشرط ذكره فى الوجيز. قال الرافعى: ولم يتعرض له الجمهور، ولم يشترطه الأصحاب ذلك كأنهم رأوا ترك القتال فى الحال مجبورًا بعزمه.

الثانى: أنه جوز الانصراف عن الصف لمن عدم السلاح، والأصح: أنه إذا قدر على الرمى بالحجارة لا يجوز له الانصراف.

الثالث: قوله: والمتحيز إلى البعيدة، لا يشارك فيما غنموه بعد مفارقته واقتصر عليه.

والأصح أن المتحرف للقتال، إذا أبعد له حكمه؛ كما ذكره فى العزيز والروضة.

وقوله: وفى قتل أسير رق قيمة، وتمحى كتب حرمت، وأبيح لمن شهدها تبسط فى علف ومأكول معتاد كافٍ وذبيحة قبل قسمة حتى يصل عمراننا وضيافة مثله لا غير فيضمنا، وإقراضه ببدل منها، ورد جلد وفاضل، ولا حد إن وطئ ولا إيلاد فى الحال، وولده حر نسيب بقيمة ومهر يرد فيها لا قسطه إن ضبط.

أى: وإذا قتل رجل أسيرًا أسرناه من الكفار؛ بأن كان ممن يرق بنفس الأسر، كالمرأة والصبى والمجنون، أو كاملًا ولكن بعد الحكم برقه - فإنه تجب قيمته وتوضع فى الغنيمة؛ لأنه قد صار ملكًا للمسلمين.

وإن كان قبل الحكم برقه فليس فيه شىء إلا التعزير، ولا يخفى أنه بعد المن فى أمان ففيه دية دينه، كما سبق فى الجنايات.

---

(١) فى ط: والتّحرّف.

وإذا كان فى الغنيمة كتب محرمة لا يحل الانتفاع فيها؛ كالتوراة والإنجيل المبدلة - محيت إن أمكن محوها، ويجعل ما كتبت فيه الغنيمة، وإلا مزقت. ويجوز لمن شهد الحرب من المسلمين لا الذين حضروا بعدها، ولو قبل حيازة المال - أن يبسطوا فى جنس المأكول بالأكل قدر الكفاية، ولا يختص بالمحتاجين.

وفى ذبح الحيوان المأكول، وله أن يضيف منه مثله، أى: ممن شهدوا الواقعة؛ لأن له الأكل.

وإنما أعانه، فإن أضاف رجلاً أجنبيًّا، لزم كلًّا منهما الضمان كالغاصب.

وله أن يقرض غانمًا مثله بما أبيح له أكله يرد مثله فى الغنيمة؛ لأن من حاز شيئًا من المباح فقد صار أحق به. فإن رد عليه من خالص ماله لم يكن له أخذه؛ لأنه ليس قرضًا حقيقيًّا، بل له أن يبادله صاعًا بصاعين؛ لأنه ليس بيعًا بل تناول[1] بالإباحة.

ولا يأكل إلا مما يعتاد أكله كالقوت، وما يصلح به القوت والفواكه الرطبة واليابسة لا الفانيد، والسكر، والأدوية التى تندر الحاجة إليها.

ويجوز التبسط بذبح المأكول وأكل اللحم والشحم، ولا يجوز توقيح الدواب بشحم الغنيمة، والضابط: أن كل طعام يعتاد أكله على العموم فهو محل التبسط، وكذلك علف الدواب تبنًا وشعيرًا ونحوه؛ لما فى حديث عبد الله بن أبى أوفى -رضى الله عنه- قال: «أصبنا مع رسول الله ﷺ بخيبر طعامًا، وكان كل منا يأخذ قدر كفايته»[2]. انتهى.

وله[3] أن يتزود للطريق، وإنما جاز ذلك للحاجة إلى الطعام وعزة وجوده غالبًا فى دار الحرب.

فإذا قسمت الغنيمة، أو رجعوا إلى عمران بلاد الإسلام - لم يحل التبسط بعد ذلك، ورد ما فضل.

فإذا ذبح وجب عليه رد الجلد إلى الغنيمة إلا ما يؤكل جلده مع لحمه، ولا يجوز له أن يتخذ من الجلد سقاء أو نعلاً[4]، فإن احتاج إلى ذلك أخذه بقيمته كما يأخذ الدواء.

وينبغى أن يراجع الإمام، وقد بينا أنه لا يجوز التبسط فى غير المأكول.

فلو وطئ أحدُ الغانمين ومن له فيهم ولد أو عبد أو جارية من الغنيمة لم يجز له ذلك،

(١) فى أ: يناوله.
(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٠٤).
(٣) فى أ: قوله.
(٤) فى أ: أو منخلا.

لكن يسقط عنه الحد للشبهة، فإذا سقط الحد وجب مهر المثل.

فإن أحبلها وأولدها لم يثبت الاستيلاد فى الحال على المذهب سواء كان معسرًا أو موسرًا؛ لأنه لا ملك عليها فى الحال لأحد.

وقيل: يثبت الاستيلاد فى قدر حصته فيشترى إن كان موسرًا وإلا فلا، وأما الولد فحر نسيب، ويلزمه قيمته على المذهب.

وإن قلنا بثبوت الاستيلاد لم تلزمه قيمته؛ لأنا نتبين تقدم ملكه فى الجارية على العلوق.

وإذا قلنا بالمذهب فهل يجب عليه تسليم جميع المهر والقيمة، أم له أن يؤخر قدر حصته منهما؟ ينظر فيه: فإذا كان الغانمون محصورين تسهل معرفة قدر حصته معهم، أو كان الإمام قد أفرز[1] لكل طائفة شيئًا، وكان الواطئ أحدهم - سلم ما سوى حصته من القيمة والمهر.

وإن كانوا بحيث يشق على الإمام تمييز قدر حصته، لزمه أن يسلم الجميع وقدر حصته يرجع إليه.

وقوله: وقبل اختيار يورث ولا يملك فلحر رشيد وسيد لا ذوى القربى إعراض فيسقط ولو مفلسًا أو فيها أبوة لا عن سلب.

أى: السهم الذى يستحقه الكامل من الغنيمة، والرضخ الذى لمن دونه لا يملك قبل الاختيار، ولهذا يجوز لصاحبه أن يعرض عنه فيسقط، ويعد كمن لم يحضر لكنه حق يورث، فإذا مات قبل اختيار التملك قام وارثه مقامه فى الاختيار والإعراض.

وإنما لم يملكها بمجرد الحضور[2]؛ لأن المقصود الأعظم من الجهاد إعلاء كلمة الله والذب عن الملة الحنيفية السمحاء والغنيمة تابعة، فالمعرض عنها يتمحض عمله للمقصود الأعظم.

ولو ملكها بمجرد الحصول كالاحتطاب والاحتشاش لما صح الإعراض.

وإنما يصح[3] الإعراض من الحر الرشيد، فلو أعرض السفيه ففى صحة إعراضه تردد؛ قال فى الروضة: قال الإمام: والظاهر المنع. وأما المحجور عليه بالفلس فيصح إعراضه؛ لأن اختيار التملك كالاكتساب وهو لا يلزمه، ويصح إعراض الصبى عن الرضخ ولا يصح إعراض وليه، ولا إعراض العبد، ويصح إعراض سيده، ولا يصح الإعراض بعد الملك، والأصح أن من اختار تملك حصته من الغنيمة قبل القسمة ملكه، فلا يصح الإعراض عنه

---

(١) فى ط: أفرد.
(٢) فى ط: الحصول.
(٣) فى أ: والأصح.

بعد ذلك.

ولا يصح إعراض ذوى القربى على الأصح؛ لأنهم يستحقونه بلا عمل فأشبه الإرث.

ويصح إعراض جميع الغانمين على الأصح، فيصرف الجميع مصرف الخمس، ويصح إعراض الرشيد ولو كان فى الغنيمة أبوه وابنه؛ لأنا قد بينا أنه لا يملك قبل الاختيار فلا يعتق عليه أبوه قبل أن يملكه.

ولا يصح إعراض القاتل عن السلب؛ لأنه يملك بمجرد القتل فلا يصح الإعراض عما ملك، وقيل: يجوز.

[وقوله فى الحاوي: «فإن وقع فى الأسر امرأة او خنثى أو صبى وقتل وجبت الغنيمة، وبعد استيلاد نصيبه، وسرى للموسر» فيه أمور:

أحدها: قوله فى الكامل: قبل الحكم أي: إذا قتل الأسير الكافر قبل الحكم تجب فيه قيمته كما تجب فى قتل أسير غير الكامل.

قال ابن النحوي: وهو غريب لم يوجد لغيره أنهم صرحوا بأنه حر إلى أن يسترق وقد قال الرافعي: إن الإمام يعزره ولا قود ولا دية، وقال الماوردي: لا ضمان لكن يعزر.

الثاني: قوله فى البسيط: فى الأكل من الغنيمة، وملك مجانًا هو خلاف المعروف فى المذهب.

قال فى الروضة: وما يأخذه لا يملكه إلا بالأخذ؛ لكن أبيح له الأخذ والأكل كالضيف.

الثالث: قوله: «والمعرض المكلف الرشيد الحر»، قال ابن النحوي: لو حذف المكلف لاستغنى عنه بالرشيد.

الرابع: قوله: «قبل القسمة والاختيار»: قال ابن النحوى: اقتصر على ذكر الاختيار، لاغنى عن ذكر القسمة. وهو كما قال فى الروضة، واعلم أن فى كلام الأصحاب تصريحًا بأن الغانمين، وإن لم يملكوا الغنيمة، فمن قال منهم: اخترت نصيبى ملكه وقد ذكرنا هذا فى كتاب الزكاة، فإن الاختيار باختيار التملك لا بالقسمة، وإنما تعتبر القسمة لتضمنها اختيار الملك. انتهى.

الخامس: قوله: «وأعوز الخمس»، لا حاجة إليه؛ لأنه لو أفرز نصيبه وغبن بالقسمة تعين اختياره كان له أن يفرض على الأصح.

السادس: قوله: «لا كل ذوى القربى»، قال ابن النحوي: مقتضاه صحة إعراض بعض ذوى القربى وبه صرح البارزى تبعًا للتعليقة. قال: وليس كذلك، وتبع فيه لفظ الوجيز، فإنه عبر بلفظ الجميع، وعبارة الرافعى و«الروضة»: «وإعراض ذوى القربى»، قلت:

فدخل فى عبارة الروضة امتناع إعراض الكل والبعض، وكلام الحاوى يفهم منه اختصاص الامتناع بالكل دون البعض؛ وكأنه يقول: لا تمتنع أعراض بعضهم؛ لأنه وإن كان يشبه الميراث فى دخول الملك قهرًا، إلا أنه دخول حمل على تخصيص، ألا تراه لو قل وكثروا لم يلزم تفريقه على الجميع كالإرث بل قالوا: تخصص به ذوى الحاجات.

السابع: قوله: «ويجب كل المهر» ليس هذا على إطلاقه بل ذلك إذا تعسر ضبط حصته، بأن كانوا غير محصورين، أما إذا انحصروا فإنه يغرم منه قدر حصة الخمس، وقدر حصته من الغانمين، وسقط قدر حصة غيره من الغانمين ويسقط قدر حصته كما هو المذهب الصحيح.

الثامن: قوله: «غرم حصة غير» وهذا أيضًا ليس على إطلاقه بل لقيمة الولد حكم المهر فإذا كانوا محصورين غرم حصة غير وأمسك حصته كما قال. وإذا كانوا غير محصورين سلم كل القيمة.

التاسع: قوله: «ونفذ استيلاد نصيبه» المعروف أنه لا ينفذ إيلاد نصيبه كما سبق بيانه؛ لأنه لا يملك إلا بالاختيار، نعم إن اختاره ملكه وكان الحكم كذلك][1].

وقوله: وأرض السواد بالعراق وقف أجر مؤبدًا للحاجة، ومكة ملك.

أى: اعلم أن حكم الأرض والعقار فى القسمة[2] حكم المنقول، يملك كما يملك، وأرض السواد بالعراق فتحها - عمر رضى الله عنه - وقسمها بين الغانمين، ثم استطاب قلوبهم عنها، واستردها ووقفها على المسلمين ما تناسلوا، وأجرها من أهلها إجارة مؤبدة بالخراج المضروب عليها أجرة منجمة تؤدى كل سنة.

وللإمام أن يفعل فى أموال الكفار للمصلحة الكلية بما لا يجوز فعله فى غيرها. وتحديد السواد كما ذكروا: من عبادان إلى حديقة الموصل طولاً، ومن القادسية إلى حلوان عرضًا.

والأصح: أن البصرة خارج منها[3] إلا موضعين منهما[4]، ذكرهما صاحب المهذب: أحدهما: شرقى دجلتها يسمى الفرات. والآخر: غربيها يسمى نهر المرة[5].

فلا يجوز بيع شىء من هذه الأرض، ويجوز إجارتها مدة كغيرها، [ويجوز تأجيرها][6] كما فعل عمر رضى الله تعالى عنه؛ لأن ذلك للمصلحة الكلية.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: الغنيمة.
(٣) فى ط: منه.
(٤) فى ط: منها.
(٥) فى أ: المواه.
(٦) فى أ: ولا يجوز تأجيرها مؤبدة.

هذا حكم الأرض. وأما البنيان والدور فمملوكة تباع، إلا ما كان من طين الأرض الموقوفة وأشجارها(١).

وأما أرض مكة ودورها فمملوكة لأهلها، يجوز بيعها وإجارتها ورهنها؛ لأنها فتحت صلحًا، طلب أبو سفيان رضى الله عنه الأمان لهم، فعقد لهم رسول الله ﷺ الأمان وهو بمر الظهران واستثنى رجالًا أمر بقتلهم. ولأنه ﷺ لم يسب منها ولم يقتل، ولا قسم عقارًا ولا منقولًا.

وقوله: وتعين كظاهر علم مكسب وتوحيد وصفات خروج لفك مسلم يرجى ولدخول كفار حد إسلام على مكلف قوى مطلقًا، لا بسفر قصر إن خرج كافٍ.

أى: وما ذكرناه من كون الجهاد فرض كفاية هو فيما إذا لم يحدث ما يوجب تعيينه، فإذا حدث أمر يوجب تعيينه تعين، وصار فرض عين كالفروض المعينة وكتعلم الظاهر من أحكام مكسب الإنسان، فمن كان تاجرًا وجب عليه تعلم أحكام البيع والشراء الظاهرة دون دقائق ذلك، وكل ذى حرفة يتعين عليه تعلم ما يجوز له فيها وما لا يجوز.

فعلى الخباز أن يتعلم حرمة بيع خبز القمح بالقمح، وخبز الذرة بالذرة، والحب بدقيقه، وعلى الصراف أن يتعلم حرمة التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض.

وعلى كل أحد أن يتعلم ظاهر علم التوحيد، وصفات الله تعالى، والتصميم على وجوب اتباع الكتاب والسنة.

وكما تتعين هذه يتعين عليه الخروج للجهاد فإذا أسر الكفار رجلًا من المسلمين، وأمكن المسلمون استنقاذه، فإنه يجب على واحد الخروج إلى استنقاذه.

وكذا إذا دخل الكفار حدًّا من حدود الإسلام وقهروا أهله واستولوا عليه ولو فى خراب بلاد الإسلام نظرت:

فإن كان مسافة القصر وخرج من فيه كفاية لردهم وإخراجهم، سقط الفرض عن الباقين.

وإن كان على دون مسافة القصر، وجب الخروج على الجميع أبدًا، وإن خرج من يكفى، والمراد بالجميع كل مكلف قوى يقدر على الخروج والقتال؛ فإن دخولهم دار الإسلام وهن عظيم على الإسلام، لا قرار عليه، ويرفع الحجر عن العبيد وعن الزوجة إن كانت نافعة، فيجوز لهم الخروج بغير إذن السيد والزوج.

وإن لم يكن فى النساء نفع لم يجز خروجهن، ويرتفع حجر الغريم عن غريمه، والوالد

---

(١) فى أ: واستأجرها.

عن ولده، سواء أوجدوا ما يحملهم أم لا.

ولا يلزمنا المبادرة فى كف أسر المسلم إذا أمكن تخليصه إلا إذا كانوا قريبين.

أما إذا توغلوا فى بلادهم وأبعدوا، ولا يمكن شقها معافصة إلا بعد التهيؤ والتجهيز - فلابد من التأنى فى ذلك. وكذا إذا دخل ملك وجيش عظيم طرف بلاد الإسلام، لا يتسارع إليه أهل الأطراف؛ لما فيه من الخطر بل ينتظر الاجتماع.

وقوله: وسن تشميت عاطس حمد وجوابه وسلام، لا على مصل ومؤذن وملب وذى بول وحمام.

أى: ويسن تشميت العاطس وفيه لغتان: «التسميت» بالسين وبالشين، وهو قولك للعاطس: يرحمك الله: إذا حمد الله تعالى، فإن لم يحمد الله أو قال غير الحمد لله لم يشمت؛ ففى صحيح مسلم رحمه الله أن النبى ﷺ قال: «إذا عطس أحدكم فحمد الله فشمتوه، فإن لم يحمد الله فلا تسمتوه»[1]. ويسن جوابه، وهو أن يقول العاطس لمن سمته: يهديك الله، أو يغفر لك، ونحوه، ولا يجب، بخلاف جواب السلام. ثم ابتداء السلام عند الملاقاة سنة مؤكدة، والأمر بإفشاء السلام ثابت عن النبى ﷺ، ولكنه لا يسلم[2] على المصلى ولا على المؤذن، والمقيم، والملبى؛ لشغلهم، ولا على من هو فى الحمام، أو يقضى الحاجة غائطًا أو بولًا، فكل هؤلاء لا يسن أن يبدءوا بالسلام، فمن سلم على واحد منهم لم يلزمه الرد. وقد سبق ذكر وجوب رد السلام.

وقوله فى الحاوى: وأرض العراق وقف أجر . . . إلى آخر الباب، فيه أمور:

أحدها: قوله: وأرض العراق: لو قال: وأرض السواد لكان أولى؛ لئلا يدخل ما كان مواتًا يومئذ، ثم أحيى بعد ذلك فإنه لا يدخل فيه، ومنه البصرة إلا موضعين، وقد سبق ذكرهما.

الثانى: قوله: على كل قوى: قال ابن النحوى: لابد من قيد التكليف ليخرج الصبى والمجنون، وإن أهمله الغزالى والمصنف.

الثالث: قوله: والسلام لا على المصلى وقاضى الحاجة، وفى الحمام والتشميت وجوابه سنة: أطلق كون التشميت وجوابه سنة، وهو لا يكون سنة إلا إذا حمد العاطس الله تعالى كما سبق ذكره.

الرابع: أنه اقتصر على ما ذكر، والمؤذن والملبى مثله.

---

(١) أخرجه البخارى فى الأدب المفرد (٩٤١) ومسلم (٥٤/ ٢٩٩٢) بلفظ (فلا تشمتوه) بالشين المعجمة.

(٢) فى ط: لا يسنّ.

أمان الكفار

وقوله: فصل: لمكلف مسلم لا أسير ومكره أمان محصورين وامرأة قبل أسر لا جاسوس أربعة أشهر بقبول، ولو إشارة مفهمة فيهما بأهل ومال معه، فإن نقض فهو فيء إن رق ومات، وإلا فطلبه أو وارثه يؤمنه، كرسالة وسماع قرآن، ولتجارة بعام إذن وال[١].

أى: يجوز لكل مسلم بالغ عاقل، حرًا كان أو عبدًا وإن كان سيده كافرًا - أمان محصورين كعشرة ومائة لأهل بلد؛ للحديث: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم»[٢].

وتدخل فيه المرأة والخنثى والفاسق والسفيه، ويخرج الصبى والمجنون؛ لبطلان عبارتهما.

واستثنى الأسير والمكره[٣]، فإذا أمن الأسير [والمكره][٤] فى أيدى الكفار واحد منهم [لم يصح أمانه؛ لأن الأمان يقتضى أن يأمن بمن أمنه، والأسير غير آمن، ولا يصح أمان المكره، فلو أكره مسلم على أمان كافر][٥] لم يصح أمانه؛ بل يجوز للأسير والمكره اغتيال من أمنه فى هذه الحالة.

ولا يجوز أن يؤمن أهل بلد أو ناحية إلا الإمام، وأما أهل قلعة وقرية صغيرة فيجوز للواحد أن يؤمنهم كما اقتضاه كلام الرافعى وغيره.

وضبطه الإمام بما لا ينسد بسببه باب الجهاد فى تلك الناحية. ولو أمن مائة ألف مسلم مائة ألف كافر معًا، لم يصح، أو متعاقبين صح الأول فالأول إلى أن يظهر خلل، وسواء أمنه فى دار الحرب أو القتال أو حال الهزيمة ما لم يؤسر، فإن أسر لم يصح أمانه؛ لما فيه من إبطال حق المسلمين. ويجوز عقده للمرأة وحدها من غير رجل على الصحيح، وقيل: لا يجوز؛ لأنها تابعة فلا تستقل.

ولا يجوز أمان الجاسوس؛ لما فيه من الضرر.

ويجوز أن يغتال ولا يستحق[٦] أن يبلغ المأمن، ولا يشترط فى الأمان ظهور المصلحة؛

---

(١) فى ط: إذا يداول.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٦٨٣) عن ابن عباس، و (٢٦٨٤) عن معقل بن يسار، و (٢٦٨٥) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بنحو لفظ حديث الباب.

(٣) فى ط: الأسير المكرهُ بالوصف.

(٤) سقط فى ط.

(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٦) فى ط: ولا يجوز.

بل يشترط ألا يكون فيا ضرر، وألا تزيد مدة الأمان على أربعة أشهر كالمهادنة.

ولابد فى هذا العقد من الإيجاب والقبول، إما باللفظ الصريح كأمنتك، أو أنت آمن، أو أجرتك أو لا خوف عليك، أو بالكناية: كأنت على ما تحب، أو كن كيف شئت، إن نوى به الأمان.

وتنعقد بالمكاتبة والرسالة، سواء أكان الرسول مسلمًا أو كافرًا، أو بالإشارة وإن كان قادرًا على القول. وإن اختلفا فيما أراد بالإشارة، فالمصدق هو المشير، لكن يرد إلى المأمن كما سيأتى.

ولابد من علم الكافر بالأمان وقبوله إياه، ويكفى الإشارة[1] فيهما، يعنى: فى الإيجاب والقبول.

وإذا صح الأمان صار الكافر معصومًا كالذمى، وأما ما معه من الأهل والمال: فإن شرط دخولهما معه فى الأمان دخلا.

وإن لم يشترط فوجهان، صحح هنا فى الروضة أنهما لا يدخلان، والثانى: أنهما يدخلان من غير شرط.

وهو الموافق لما ذكره فيها. وفى العزيز فى آخر الباب، فإنه قال فى المسألة التاسعة: إذا دخل كافر دار الإسلام بأمان أو ذمة، كان ما معه من المال والأولاد فى الأمان.

فإن شرط الأمان فى المال والأهل فهو زيادة توكيد، ولا أمان لما خلفه فى دار الحرب. انتهى.

وقال فى المهمات: إن هذا الوجه هو الأرجح، فإذا نقض الكافر الأمان، ورجع إلى دار الحرب، وخلف معنا ماله وولده، لم ينتقض العهد فيهما على الأصح، فلا يسبى ولده، ولا يصير ماله فيئًا بل يكون أمانه معنا متى طلبه سلم إليه.

وهل يكون دخوله لأخذه أمانًا؟ المحكى عن الإمام وابن الحداد أن دخوله لأخذه أمان.

وقال غيرهما: لا يكون دخوله أمانًا، ويفهم من كلام الروضة ترجيح الأول، فإن مات فى دار الحرب كان لوارثه فيدخل الوارث لأخذه.

وفى كون دخوله لذلك أمانًا وجهان، وهو أولى بالصحة؛ لكونه لم يصدر منه خيانة.

وإن استرق، قال فى الروضة: يبنى على ما إذا مات، فإن قلنا يكون لورثته وقف، فإن عتق فهو له، وإن مات رقيقًا كان فيئًا على الأظهر.

---

(١) فى ط: ولا تكفى الإشارة.

وإذا دخل الكافر برسالة أو لسماع قرآن كان ذلك أمانًا له فلا يتعرض له، وإذا قال: جئت رسولًا، أو جئت لأسمع كلام الله تعالى، ثم يبلغ مأمنه.

وأما إذا دخل للتجارة نظرت:

فإن قال: ظننت قصد التجارة أمانًا، ولم يدخل بأمان أحد لم يعتد بظنه، فجاز اغتياله؛ لأن ذلك ظن لا يستند له بمستند.

نعم إن حصل أمان عام من الإمام أو نائبه لكل من دخل للتجارة، فهو آمن على نفسه ومن معه[١].

[وقوله فى الحاوى: «يؤمن المكلف طوعًا الأسير» إلى قوله: «فإن رق ففىء» فيه أمور أحدها: أنه أطلق أن المكلف يؤمن المحصورين ولم يفرق. قال ابن النحوى مقتضاه جواز أمان الكافر مطلقًا وليس كذلك بل هو مخصوص بمدة امتناعه، فأما بعد الأسر فلا يجوز للآحاد أمانه ولا المن عليه بل ذلك إلى ولى الأمر.

الثانى: قوله: «بأهل ومال معه وإن شرط» الأصح أنهما يدخلان فى أمانه، وإن لم يشترط دخولهما كما ذكر فى «العزيز» و«الروضة» فى آخر الكتاب كما سبق، وقال فى «المهمات»: إنه الأرجح.

الثالث: قوله: فإن نقض فرجع فإن رق ففىء يقضى بأن الكافر إذا نقض الأمان، ورجع إلى دار الحرب وله مال فسبى واسترق أن ماله يصير بمجرد الرق فيئًا وليس كذلك، بل مقتضى الأصح فى الرافعى والروضة أنه توقف: فإن عتق فهو له وإن مات رقيقا فقولان أظهرهما أنه فىءٌ][٢].

وقوله: وظان غير أمان جرى منا أمانًا، يلحق بمأمنه لا عكسه، وقتل مبارز أعين فسكت، أو ولى واحد، أو أثخن لا إن شرط أو اعتيد كف عنه إلى عوده، لكن ندفعه.

أى: وإذا ظن الحربى بما صدر من مسلم أمانًا، فدخل عليه إلينا، ولم يكن أمانًا كما إذا قال أحدنا: أمنت من دخل بتجارة.

فهذا لا يصح عندنا، فإذا دخلوا على هذا الظن عرفناهم ثم ردوا إلى المأمن. ومن ذلك ما إذا أشار مسلم إلى حربى، فظن أنه أمنه فدخل إلينا، وأنكر المسلم أنه قصد أمانه - رد إلى مأمنه أيضًا؛ لأن لظنه[٣] هذا مستندًا، وقد سبق أنه لو ظن التجارة[٤] أمانًا ودخل أنه لا

(١) فى أ: وما معه.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: لمأمنه.
(٤) فى أ: قصد التجارة.

يرد إلى مأمنه؛ لأنه لا مستند لظنه.

وأما لو انعكس الأمر وأمنه مسلم، فظنه غير أمان[1] بأن قال: دخلت ولم أفهم مراده - فإنه لا يرد إلى مأمنه بل يغتال. وقد بينا أنه تجوز المبادرة فى الحرب، فإذا بارز المسلم كافرًا، وخرج إلى الكافر من يعينه - وجب أن يخرج إلى المسلم من يعينه.

ثم ينظر إلى المبارز فإن رد أصحابه ولم يرض خروجهم لإعانته لم يقتل، وإن سكت ولم ينكر عليهم قتلناه معهم.

وكذلك إذا ولى أحدهما، أو أثخن بالجراح قتلنا المبارز، وهذا إذا كان الشرط الكف عنه إلى انقضاء[2] القتال؛ لأن بالهزيمة أو الإثخان قد انقضى القتال.

وإن شرط الكف عنه إلى رجوعه لم نقتله، لكن ندفعه عنه، ونمنعه من التذفيف على المسلم مطلقًا، سواء شرط أن يمنعه من ذلك أو لا يمنع منه، ولو لم يكون شرط ولكن جرت العادة بالكف إلى انقضاء القتال، أو إلى الرجوع بالصف، فالأصح أن العادة كالمشروط.

[وقوله فى الحاوي: «ويقتل المبارز إن ولى وأثخن إن شرط الكف إلى آخر القتال أو أعانه جمع بلا منعة»، فيه أمور:

أحدها: قوله: ويقتل المبارز إن ولى وكذا الحكم إذا ولى عند السلم؛ لأن القتال قد انقضى بذلك.

الثاني: قوله: «إن شرط الكف إلى آخر القتال».

فقال النووي: الأصح فى أصل الروضة أن اطراد العادة كالشرط، وقضية إيراد المصنف - يعنى صاحب الحاوى - خلافه، وهو كما قال.

الثالث: قوله: «أو أعانه جمع»، لا يشترط الجمع بل لو أعانه واحد كان الحكم كذلك.

الرابع: قوله: «ومنع من التذفيف وإن شرط»، مقتضى كلامه أنه يمنع من التذفيف ولا يقتل إذا أثخن المسلم، وليس كذلك.

الخامس: قوله: «ومنع من التذفيف ولا يقتل إذا أثخن المسلم»، وليس كذلك، بل يقتل كما يقتل الكافر إذا أثخنه المسلم يقتل إذا أثخن المسلم إلا إن شرط الكف عنه إلى الرجوع فإنه يمنع ولا يقتل][3].

---

(١) فى ط: آمن.

(٢) فى أ: انفصال.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: ووفى لعلج لا مسلم دل على قلعة بجارية منها إن فتح هو به، ولو لم تكن إلا هى أو قيمة بموت بعد ظفر أو إسلام بعد عقد، فإن شرط زعيم أمان أهله وهى منهم وأبيا عوضًا رد مأمنه أو مائة فعدها قتل.

أى: إذا قال كافر للإمام: أدلك على قلعة كذا، على أن تعطينى منها فلانة الجارية فيها، فأجابه إلى ذلك - صح، وإن كانت جعالة بمجهول لا يقدر على تسليمه، ولا تملكه فى الحال؛ لأن الحاجة إلى مثل هذه المعاملة داعية؛ وربما تعذر الفتح من غير الدلالة، والدلالة لا تقع من غير تطميع.

وكذلك لو قال بجارية منها غير معينة، ولا فرق بين أن تكون حرة أو أمة؛ لأن [الحرة ترق](1) بالسبى.

واشترط أن تكون المعاملة مع الكافر لا مع المسلم الملتزم للأحكام؛ لما فيها من الغرر، ولأن الجهاد على المسلم واجب، فإذا انفرد بمعرفة هذه القلعة تعين عليه الإعلام بها؛ لأن ذلك نوع من الجهاد، فلم يجز له أخذ العوض.

هذا هو الأصح عند الإمام، وجوز العراقيون هذه المعاملة مع المسلم، ويشترط لصحة العقد مع الجهالة أن تكون الجارية من القلعة. أما لو قال: جارية من مالى أو من بيت المال لم يصح.

ويشترط أن يفتحها الإمام الذى عاقده، فلو فتحها غيره لم يستحق شيئًا. ويشترط أن يكون فتح الإمام لها بدلالته. أما لو عاقده بدلالته وفتحها بطريق غير الطريق الذى دل عليها، لم يستحق شيئًا. وإن فتحها بدلالته ووجد الجارية وفى له بالشرط. ولو لم يجد إلا هى: فإن كانت معينة ولم توجد لم يستحق غيرها. وإن كانت موجودة لكنها ماتت نظرت فإن ماتت قبل العقد فلا شىء له وكذا قبل الظفر على الأصح.

وإن ماتت بعد الظفر بها لزمت(2) القيمة وإن وجدت لكنها أسلمت نظرت: فإن أسلمت قبل العقد فلا شىء له، أو بعد العقد وقبل الظفر لزمت القيمة؛ لأن إسلامها يمنع وقوع الرق عليها. وإن أسلمت بعد الظفر فإن أسلم سلمت إليه، وإلا فكالكافر يشترى مسلمة.

والأصح: أنه لا يجوز فيأخذ القيمة. وإن كانت الجارية مجهولة نظرت: فإن لم يوجد فيها إلا جارية واحدة فهى كالمعينة.

وإن وجد جوارٍ عين له الإمام واحدة منهن. وهذا كله إذا فتحت عنوة.

---

(1) فى ط: الحرية تزول.
(2) فى أ: لزمه.

فإن صالح زعيم القلعة على أن يترك له أهله وكانت الجارية من أهله عرف بأن هذه الجارية استحقت قبل أن ينعقد الصلح.

وإما نبذل قيمتها للآخذ(١) فإن رضيت القيمة [أطلعتها على الصلح](٢)، وإن رضيها العلج بقيت لك، وإن كرهتما جميعًا رددناك إلى مأمنك ونقضنا الصلح وعاد القتال فإن اشترط الزعيم أمان مائة صح مع الجهل، فإذا جاء بمائة وعدهم واستكمل المائة ولم يعد نفسه فيهم، قتلناه؛ لأنه قد استوفى ما شرط.

[وقوله فى الحاوي: «وقيمتها إن ماتت أو أسلمت» فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق وجوب القيمة بالموت، والأصح أنها لا تجب إلا إذا ماتت بعد الظفر؛ لأنها صارت حينئذ فى قبضة الإمام وأما قبله فلا.

الثاني: قوله: «أو أسلمت» مقتضاه أن القيمة تجب بوجود الإسلام مطلقًا، وليس كذلك؛ بل المذهب أنها لا تجب إلا إذا أسلمت بعد العقد ولو قبل الظفر، أما إذا أسلمت قبل العقد فلا يستحق شيئًا؛ لأنها كانت عند العقد كالمعدومة، وإنما وجبت القيمة بإسلامها بعد العقد؛ لأنا منعناه بالإسلام منها وهى موجودة بخلاف الميتة قبل الظفر، فإن تلك كان حقه فى عينها، وقد تلفت قبل الظفر فلم يجب بدلها كما لو قال: من رد عبدى الآبق فله هذا العبد فمات المبذول لم يستحق شيئًا](٣).

وقوله: وإن نزلوا على حكم رجل عدل عارف بالمصلحة فحكم بجزية أو مَنّ أو رق لزم، وإن أسلموا أو بقتل من إمام وفدى أو بفداء من.

أى: إذا حاصرنا قلعة أو أهل بلد فنزلوا على حكم الإمام أو غيره، جاز بشرط أن يكون مسلمًا ذكرًا حرًا مكلفًا عدلًا عارفًا بالأحكام الشرعية فيما ندب، له ذا رأى وخبرة بمصالح القتال.

واستغنى بقوله: «رجل عدل»: عن التعرض للتكليف والعقل والإسلام والحرية، فإن المراد العدل فى الشهادة.

واستغنى بذكر العارف: «بالمصلحة» عن قولهم: فقيهًا مجتهدًا.

قال الإمام: ولا أظنهم يشترطون أوصاف الاجتهاد المعتبرة فى المفتى، ولعلهم عنوا المهتدى إلى طرق الصلاح وما فيه النظر للمسلمين.

---

(١) فى ط: وأن نبذل قيمتها لإحداكما.
(٢) فى ط: أطلقتها على العلج.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ثم يجب على من تصدى لذلك أن يحكم بما فيه المصلحة للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء.

فإن حكم بما لا يجوز شرعًا لم ينفذ، وإن حكم بما يجوز نفذ، ولا يجوز للإمام مخالفته إلا بما هو أخف.

وإذا نظرت فيما قالوا علمت أنه لا يجوز له مخالفته إلا فى القتل بالمن والفداء أو فى الفداء بالمن، فيجوز للإمام أن يمن إذا حكم بأحدهما.

ولا يجوز أن يخالفه فى القتل بالاسترقاق؛ لأنه ذل للأبد، وقد يرى القتل أهون.

ولو حكم بالاسترقاق لم يكن للإمام المن على الأصح. والفرق بينه وبين الفداء: أنهم يرقون بنفس الحكم، ويصيرون ملكًا للغانمين، والفداء لا يدخل فى ملكهم قبل قبضه.

قال فى البيان: فإن حكم عليهم بالقتل وأخذ أموالهم، فعفا الإمام عن واحد منهم وماله - صح عفوه. وإن حكم باسترقاقهم ثم أراد الإمام المن عليهم لم يجز إلا برضاء الغانمين؛ لأنهم قد صاروا مالًا لهم. انتهى. ففرق كما ترى بين الحكم بأخذ المال والاسترقاق.

ولو أسلموا بعد الحكم بالرق لم يبطل رقهم وإن أسلموا قبله لم يتعرض لهم.

وإذا حكم بالجزية فالأصح أن حكمه مع رضاهم بحكمه عقد الجزية، فيجبرون على تسليمها، وإن امتنعوا كأهل الذمة إذا امتنعوا من أداء الجزية.

وقيل: لا تلزمهم الجزية بحكمه، فيبلغون المأمن على هذا الوجه قطعًا.

[وقوله فى الحاوي: «وإن نزلوا على حكم رجل عاقل عدل...» إلى آخره، فيه أمور:

أحدها: قوله: «رجل عاقل» لو اكتفى بالعدل عن ذكر العقل كما اكتفى به عن ذكر الإسلام والحرية لكفاه.

الثاني: سكت عما إذا قضى بالرق فيتوهم أن له أن يمن كما يمن إذا قضى بالقتل وفيه وجهان: الأصح أنه لا يمن؛ لأنهم قد صاروا بحكمه أرقاء للغانمين، فلا يجوز إلا برضاهم.

الثالث: قوله: «ويرق المحكوم به إن أسلم» أراد المحكوم برقه، والضمير عائد إلى المصدر، وليس إسلامه شرطًا فى رقه، فلو قال وإن أسلم لكان أصوب][(١)].

وقوله: وليهرب أسير وإن حلف ويغتال لا إن أمن وبعث ثمن مبيع أو به إن فسد وندبا فداء شرط.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: ويجب على الأسير أن يهرب من دار الحرب، وكذا كل مسلم مستضعف فيها لا يقدر على إظهار دينه؛ للحديث: «أنا برىء من كل مسلم مع مشرك»[١]. فإن عجز فهو معذور، فإن حلفوه مكرهًا أنه لا يخرج من بلدهم لم ينعقد، ولم تطلق امرأته إن كان طلاقًا.

وإن حلف لهم ابتداء باختياره ليؤمنوه، لزمه أن يخرج ويحنث، وله أن يقتل فيهم اغتيالًا إن لم يؤمنوه، وإن كانوا قد أمنوه لم يجز له قتلهم.

نعم إن تبعوه ليردوه فله أن يدفع عن نفسه كغيره، وإن أفضى ذلك إلى القتل؛ لأن القتل للدفع ليس اغتيالًا.

وإن كان الأسير المذكور قد اشترى من الكافر شيئًا باختياره، وجب أن يبعث بثمنه إليه؛ لأن العقد مع الكافر كهو مع المسلم، وإن باعه إياه كرهًا لم يصح ووجب رد المبيع عليه.

وإن اشترطوا عليه فداء نفسه بمال لم يلزمه تسليمه، وإن التزمه مختارًا؛ لأنه التزام لا يلزم، لكنه يستحب أن يبعث به إليهم ليعتمدوا الشرط فى إطلاق الأسرى.

وقوله فى الحاوى: لا فداه وإن شرط: لا يفهم منه استحباب الوفاء بشرط الوفاء.

* * *

(١) أخرجه الترمذى (١٦٠٤) وأبو داود (٢٦٤٥) عن جرير بن عبد الله بلفظ: ((أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين)).

الجزية[1]

وقوله: فصل عقد الجزية تقرير الإمام أو نائبه لمكلف حر ذكر، ادعى كتابًا كالمجوسى إن لم يعلم دخول جده بعد نسخ، فإن بان كذبه اغتيل لا إن توثن بلا توقيت كما شئت لا زيد.

---

(١) «الجزية»، قال الجوهرى: الجزية ما يؤخذ من أهل الذمة، والجمع: الجزى -بالكسر- مثل: لحية ولحى.

وهى عبارة عن المال الذى يعقد الذمة عليه للكتابى. وهى «فِعْلة» من الجزاء، كأنها جزت عن قتله.

وقال ابن منظور: الجزية أيضا خراج الأرض، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾.

وقال النووى: الجزية -بكسر الجيم- جمعها: جزى -بالكسر- أيضا؛ كقربة وقرب ونحوه، وهى مشتقة من الجزاء كأنها جزاء إسكاننا إياه فى دارنا، وعصمتنا دمه وماله وعياله.

وقيل: هى مشتقة من: جزى يجزى، إذا قضى، قال الله - تعالى-: ﴿وَٱتَّقُوا يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا﴾ [البقرة: ٤٨] أى: لا تقضى. وقال الخوارزمى: جزاء: رءوس أهل الذمة، جمع: جزية، وهو معرب «كزيت»، وهو الخراج بالفارسية.

وقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء فى تعريف الجزية اصطلاحا تبعا لاختلافهم فى طبيعتها، وفى حكم فرضها على المغلوبين الذين فتحت أرضهم عنوة، أى قهرا لا صلحا.

فعرفها الحصنى من الشافعية بأنها: «المال المأخوذ بالتراضى لإسكاننا إياهم فى ديارنا، أو لحقن دمائهم وذراريهم وأموالهم، أو لكفنا عن قتالهم»

وعرفها الحنفية والمالكية بأنها: «اسم لما يؤخذ من أهل الذمة فهو عام يشمل كل جزية: سواء أكان موجبها القهر والغلبة وفتح الأرض عنوة، أو عقد الذمة الذى ينشأ بالتراضى».

وعرفها الحنابلة بأنها: «مال يؤخذ منهم على وجه الصغار كل عام، بدلا عن قتلهم وإقامتهم بدارنا».

قال القليوبى: «تطلق - أى الجزية - على المال وعلى العقد وعليهما معا».

هذا، ويطلق العلماء على الجزية عدة مصطلحات وألفاظ، منها:

أ - خراج الرأس: قال السرخسى: «إذا جعل الإمام قوما من الكفار أهل ذمة وضع الخراج على رءوس الرجال، وعلى الأرضين بقدر الاحتمال، أما خراج الرءوس فثابت بالكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله -سبحانه وتعالى-: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾، وأما السنة فما روى: «أن النبى أخذ الجزية من مجوس هجر».

وقال ابن القيم فى «أحكام أهل الذمة»: «الجزية هى الخراج المضروب على رءوس الكفار إذلالا وصغارا».

ب - الجالية: الجالية فى اللغة: مأخوذة من الجلاء، فيقال: جلوت عن البلد جلاء، إذا خرجت.

وتطلق الجالية على الجماعة، ومنه قيل: لأهل الذمة الذين أجلاهم عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- عن جزيرة العرب: الجالية، وقد لزمهم هذا الاسم أينما حلوا، ثم لزم كل من لزمته الجزية من أهل الكتاب بكل بلد، وإن لم يجلوا عن أوطانهم.

ثم أطلقت «الجالية» على الجزية التى تؤخذ من أهل الذمة، فقيل: استعمل فلان على الجالية، =

أى: اعلم أن أمان الكفار[١] يحصل بمال وغيره، فالذى بغير مال إما خاص؛ كأمان الآحاد، أو عام؛ كالمهادنة.

والذى بمال عقد الجزية، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، فلا يصح عقد الذمة إلا من الإمام، أو من فوض إليه ذلك، فإن عقدها واحد من المسلمين لم ينعقد، لكن يبلغ من اغتر به المأمن.

وهو أن يقول الإمام: أقركم، أو أقررتكم، أو أذنت لكم فى القرار، أو عقدت لكم الذمة، ويطلق ولا يؤقت؛ لأن هذا العقد كالبدل عن الإسلام والإسلام لا يصح مؤقتًا، فكذلك بدله. وإذا قال للذمى: أقررتكم ما شئتم بكذا، فقبلوا، صح؛ لأنه مقتضى العقد المطلق؛ لأن لهم أن ينبذوه متى شاءوا. فإن قال: ما شئت أنا، أو ما شاء زيد، أو ما أقركم الله – لم يصح؛ لما فيه من التوقيت مع زيادة الجهالة. وأما قوله ﷺ: «أقركم ما أقركم الله»[٢] فإنما جرى فى المهادنة ليهود خيبر لا فى عقد الذمة، وقد أوضح فى بابه.

= أى: على جزية أهل الذمة. وجمع الجالية: الجوالى.

وقد عرفها القلقشندى بأنها: «ما يؤخذ من أهل الذمة عن الجزية المقررة على رقابهم فى كل سنة».

وقد استخدم هذا اللفظ فى الكتب القديمة، وفى الإيصالات التى كانت تعطى لأهل الذمة بعد دفع الجزية منذ عصر المماليك.

قال المقريزى: فأما الجزية فتعرف فى زمننا بالجوالى، فإنها تستخرج سلفا وتعجيلا فى غرة السنة، وكان يتحصل منها مال كثير فيما مضى.

قال القاضى الفاضل فى «متجددات الحوادث»: الذى انعقد عليه ارتفاع الجوالى لسنة سبع وثمانين وخمسمائة: مائة ألف وثلاثون ألف دينار، وأما فى وقتنا هذا، فإن الجوالى قلت جدا؛ لكثرة إظهار النصارى للإسلام فى الحوادث التى مرت بهم.

وقال ابن عابدين: تسمى – أى الجزية –: جالية.

ج – مال الجماجم: «الجماجم» جمع «جمجمة»: وهى عظم الرأس المشتمل على الدماغ، وربما عبر بها عن الإنسان، فيقال: خذ من كل جمجمة درهما، كما يقال: خذ من كل رأس درهما.

وقد أطلق على الجزية: مال الجماجم؛ لأنها تفرض على الرءوس.

قال ابن سعد فى ترجمة عمر بن الخطاب –رضى الله عنه–: «هو أول من مسح السواد وأرض الجبل، ووضع الخراج على الأرضين، والجزية على جماجم أهل الذمة فيما فتح من البلدان.

وقال الخوارزمى: ويسمى – أى خراج الرأس – فى بعض البلدان: مال الجماجم، وهى جمع جمجمة، وهى الرأس.

وجاء فى خطط المقريزى عند الحديث عن خراج مصر: «أول من جبى خراج مصر فى الإسلام عمرو بن العاص –رضى الله عنه– فكانت جبايته: اثنى عشر ألف ألف دينار، بفريضة دينارين دينارين من كل رجل، ثم جبى عبد الله بن سعد... أربعة عشر ألف ألف دينار... وهذا الذى جباه عمرو ثم عبد الله هو من الجماجم خاصة دون الخراج.

(١) فى أ: الكافر.

(٢) أخرجه مالك (٢/٧٠٣) عن سعيد بن المسيب مرسلا ووصله البخارى (٢٣٣٨) عن عمر بن الخطاب بنحوه.

وإنما يصح عقدها للمكلف، فلا جزية على صبى ولا مجنون؛ لأن الجزية تحقن الدم، ودمهما محقون كما فى الحديث: «خذوا الجزية من كل حالم دينارًا»[(١)]. ولا يصح عقدها للعبد؛ للحديث: «لا جزية على العبد»[(٢)] ومن بعضه حر كالقن. ولا تجب على المرأة؛ لكتاب عمر إلى أمراء الأجناد: ألا يأخذوا الجزية عن النساء والصبيان، ولا تجب[(٣)] على الخنثى؛ لجواز كونه امرأة، فإن بان ذكرًا أخذت فيما مضى على الأصح، ولا تعقد الذمة إلا لمن ادعى التمسك بكتاب، فلا يعقد لزنديق، وعابد وثن وكوكب ونحوه؛ لأنهم لا يقبل منهم إلا الإسلام، وإنما يقبل من أهل الكتاب؛ لقوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] إلى قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾ [التوبة: ٢٩]. فخصص الجزية بهم، فكل من زعم التمسك بكتاب من كتب الله تعالى، كالتوراة، والإنجيل، وصحف إبراهيم، وزبور داود، عقد لهم، وألحق بهم المجوس؛ للاختلاف فى أن لهم كتابًا. وهو قولان: أظهرهما: نعم؛ لأنه روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه قال: لكنه رفع وشهد لعمر بن عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر[(٤)].

ويصدقون بدعواهم؛ لأن دينهم لا يعرف إلا منهم، ويشترط ألا يعلم دخول آبائهم فى اليهودية والنصرانية بعد النسخ.

فالذين دخلوا بعد التبديل وقبل النسخ، قال الإمام: يعقد لهم؛ لأنهم وإن بدلوا فلابد أن يبقى ما لم يبدل، فيكون شبهة لا تنحط عن شبهة كتاب المجوس.

والذين دخلوا بعد النسخ لا يعقد لهم، ويعقد[(٥)] للذين أشكل حالهم فلم يعلم دخولهم بعده، وأمكن دخولهم قبله أو بعده.

فهؤلاء يعقد لهم للشبهة تغليبًا لحقن الدم، كنصارى العرب كما حرم نكاحهم وذبائحهم للاحتياط فى البابين.

والسامرة والصابئة إن كفرهم اليهود والنصارى؛ بأن أسلم منهم اثنان وشهدوا بكفرهم

---

(١) أخرجه أبو داود (١٥٧٧)، (١٥٧٨)، (٣٠٣٩) وابن ماجه (١٨٠٣) والنسائى (٥/ ٢٥، ٢٦) والترمذى (٦٢٣) وقال: حسن، وذكر أن بعضهم رواه مرسلًا وأنه أصح.

(٢) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ٢٢٦) وقال: - روى مرفوعًا وروى موقوفًا على عمر، ليس له أصل بل المروى عنهما خلافه.

(٣) فى ط: ولا يجوز.

(٤) أخرجه البخارى (٣١٥٧).

(٥) فى أ: ولا يعقد.

عندهم – لم يعقد لهم، وإلا عقد لهم.

وتضرب الجزية على الأعمى، والزمن، والشيخ الكبير، والراهب، والأجير، وتجب على الفقير غير المكتسب، وتبقى فى ذمته إلى أن يوسر.

وإن ادعى أنه من أهل الكتاب، فعقد له ثم بان كذبه، إما بأن ثبت انتسابه إلى زنديق، أو وثنى، أو كان قوم يزعمون أنهم أهل كتاب، فأسلم منهم اثنان، وشهدا بأنهم ليسوا أهل كتاب، أو أقر على نفسه – فإنه يغتال ولا يبلغ مأمنه على الأصح، بخلاف الكتابى إذا توثن فإنه لا يقر لكن يبلغ المأمن على الأصح، وقد سبق بيان بطلان العقد المؤقت.

[وقوله فى الحاوي: «لم يعلم اختيار حده إلى قوله: لا إمام ولا موقتًا»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «لم يعلم أحد اختيار حده» حق نسخ، زعم بعضهم أن هذا الكلام غير مرتبط ومراده لم يعلم دخول حده بعد نسخ.

الثاني: قوله: «وإن أسلم اثنان وشهدا بكفره»، صوابه: وشهدا بكذبه؛ لأنه تفريع على قوله: «زعم التمسك بكتاب الله»، وأما الكفر فإنه لا يعظ إلا الكافر، وتبع فى هذه العبارة العزيز والروضة لكنهما أورداه فى غير هذه الصورة فى السامرة والصليبية لأنا نعتبر فى صحة العقد لهم ألا يكونوا كفرة عند اليهود والنصارى، فإذا أسلم منهم اثنان وشهدا بكفرهم عند اليهود والنصارى فحسن ذلك هناك بخلاف مسألتنا.

الثالث: قوله: الفرار معمول إذن فعلاه بغير حرف الجر كما ترى ومراده إذن الإمام فى الفرار][(١)].

وقوله: فى غير الحجاز، وفيه بإذن ومصلحة وخروج دون أربعة صحاح، لا إن مرض وشق نقله، أو خيف، ويمنع الحرم فإن مرض به أو دفن، أخرج ويخرج لرسول.

أى: والتقرير المعقود عليه جائز فى سائر البلاد إلا فى الحجاز؛ فإن دخولها محرم على كل كافر من حربى وذمى.

والحجاز: مكة وما ينسب إليها كالطائف ووج، وجدة، وما بين ذلك، والمدينة، واليمامة، وينبع، وما ينسب إليها من قرى ومخالف[(٢)]، وما بين ذلك، فيمنعون من الإقامة فى الحجاز، وكذا جباله والطرق الممتدة فيه على الصحيح؛ لأنها من الحجاز.

ولا يمنعون من ركوب بحر الحجاز؛ لأنه ليس موضع إقامة، ويمنعون من جزائره المسكونة، وليس لهم دخول الحجاز إلا بإذن الإمام. ولا يجوز أن يأذن لهم فى ذلك إلا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى أ: محاليف.

لمصلحة.

وإذا أذن الإمام فى ذلك لمصلحة اشترط ألا يقيموا أربعة أيام صحاح، ولهم إقامة ثلاث، غير يومى الدخول والخروج.

ومن بقى له ديون أمر أن يوكل بالمطالبة وأخرج، إلا إذا مرض وشق نقله. وكذا إذا خيف من نقله موته، فإنه يترك حتى يتيسر نقله، فإن مات دفن به. قال الإمام: ويوارى به مواراة الجيف.

ولو كان ينتقل من قرية إلى قرية فى الحجاز، ويقيم فى كل ثلاثًا - لم يمنع من ذلك على الأصح.

فإن دخل كافر الحجاز بغير إذن، أخرج وعزر، إن علم أنه ممنوع من دخوله.

وأما الحرم فلا يدخله كافر أبدًا، ولا يجوز للإمام الإذن له فى ذلك، فإن جاء كافر رسولًا أمرنا بالخروج إليه لسماع رسالته، فإن دخله ومرض أخرج مريضًا وإن شق، فإن دفن به نبش وأخرج.

وقوله فى الحاوى: فى غير مكة والمدينة إلى قوله: ومن إقامة الحجاز ومدنها[1] إلا إن مرض وشق نقله: فيه أمور:

أحدها: أن تعيينه هذه البلدان وقراها يقتضى أنه لا يمنع من الطرقات ونحوها.

والأصح أن يمنع منها؛ لأنها من الحجاز.

الثانى: قوله: كالوج. صوابه كوج. قال ابن النحوى: فى هذه عجمة يزيدون الألف واللام على ما ليس فيه، وربما يسقطونهما مما هما فيه.

الثالث: قوله: ومن إقامة الحجاز بمقتضاه أن لهم دخوله، وإنما يمنعون من الإقامة؛ لأنها عطف على قوله: ويمنع من الحرم، وليس كذلك، بل يمنعون من دخول الحجاز كله إلا بإذن الإمام، ومن دخل بلا إذن أخرج وعزر إن علم كما سبق بيانه والله أعلم.

وقوله: بدينار كل سنة بقبول وانقياد ولقطت أيام إفاقة بلا حصة إلا لمن مات أو أسلم أو جن، ويماكس غير سفيه، فإن زاد لم يقله، وإن أبى قررة ولزمت ذمة فقير كالديون.

أى: عقد الجزية تقرير الإمام للمكلف المذكور بدينار كل سنة، وهذا هو العوض الذى يحقن به دمه.

فإن أخذ عن الدينار المعقود عليه عوضًا، جاز؛ كسائر الديون المستقرة، لكن يشترط

---

(١) فى أ: ومدتها.

ألا ينقص عن الدينار؛ لأنه نقيصة للمسلمين، وإنما يحل بمضى السنة فلا يلزمه قبل ذلك.

ولابد من القبول باللفظ كقبلت أو رضيت، فإن قال: قررنى بكذا، فقال: قررتك - كفى.

ولابد من شرط[1] الانقياد للحكم، والتواد[2] فى المعاملات ونحوها وعدم إظهار المنكرات التى يستعملونها كالخمر والخنزير، ولا يشترط التعرض لكف اللسان عن الله تعالى، وعن رسوله ﷺ على الأصح؛ لأن ذلك داخل فى الانقياد. وقد بينا أن المجنون لا جزية عليه، فإن كان يجن ويفيق نظرت: فإن كان الغالب أحدهما بأن كان عاقلاً يصرع فى الشهر ساعة ونحو ذلك، فلا أثر لجنونه. فإن كان مجنونًا ويفيق ساعة فى الشهر ونحو ذلك، فلا التفات إليه، وإن كثر لقطت أيام الإفاقة، فإن كان يفيق يومًا ويجن يومًا، ويحصل فى السنة بستة أشهر مثلاً، لم يلزمه تسليم الحصة لذلك، كما لا يجوز للإمام أن يأخذ منهم كل ستة أشهر نصف الدينار، بل يجب أن يمهل حتى يستكمل السنة [ولو من ثلاث سنين فأكثر، وإنما تؤخذ الحصة ممن مات أو جن فى أثناء السنة][3] على خلاف فيه، وكذلك من نقض وما أشبه ذلك.

واعلم أنه يستحب للإمام أن يماكس، بل إذا أمكنه أن يعقد بأكثر من الدينار لم يكن له أن يعقد بالدينار إلا لمصلحة، فيماكس الغنى بأربعة دنانير، والمتوسط بدينارين، والعاجز بدينار، إلا إذا كان الذمى سفيهًا، فإنه لا يجوز لوليه الزيادة على الدينار، فإن فعل لم يلزمه، وإن عقد السفيه لنفسه جاز؛ لأن فيه مصلحة لحقن دمه، لكن لا يجوز للإمام أخذ الزيادة منه على المذهب. وإن اختار السفيه دون الولى الإلحاق بالمأمن أجيب السفيه، كما حكاه فى الروضة عن الماوردى وأقره.

وإذا علم الذمى وقد عقد بالزيادة أن الدينار كان يكفيه ويدم، لم يجز إقالته على الصحيح.

ومن امتنع عن الزيادة قبل العقد قررناه، ويلزم الفقير الجزية وتثبت[4] فى ذمته، فإن عقد لفقير أو لغنى فافتقر تثبت فى ذمته كسائر الديون، لكل سنة دينار، فإن أفلس الذمى ضورب بالجزية مع الغرماء كسائر ديونه، وإليه الإشارة بقوله: كالديون.

[وقوله فى الحاوي: «بقدر دينار» إلى قوله: «فإن زاد لم ينفع الندم» فيه أمور:

أحدها: قوله: «بقدر دينار» قال فى الروضة: أقل الجزية دينار لكل سنة، هذا هو

(١) فى أ: شروط.
(٢) فى ط: والمراد.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٤) فى أ: ثبت.

المنصوص الموجود فى كتب الأصحاب، وذكر الإمام أن الأقل دينار أو اثنا عشر درهما، وكلام الحاوى مخالف للمنصوص ولكلام الإمام؛ لأن قوله: «بقدر» يشمل الدينار وشمل قيمة الدينار حالة العقد وقد تكون أكثر من اثنى عشر درهمًا، ولا يثبت أنه إذا عقد بالدينار وحل أجله كان له أن يعتاض عنه لما سبق بيانه وإما أن يعقد بقيمة الدينار حال العقد. فليس هذا هو، وقد تكون قيمته حالة العقد أقل منها يوم الوجوب فالمعتمد على ما قاله الأصحاب.

الثاني: قوله: «وأكثر» قال ابن النحوي: قوله عين قوله فيما سيأتى، وله أن يماكس وهو هنا يشمل عقد السفيه والزيادة ممتنعة كما ذكره بعد فكان الأحسن ذكره هناك طرحا للتكرار وصونًا عن الإيراد، انتهى وهو كما قال:

الثالث: قوله: «وله أن يماكس لا لسفيه، لو قال: «لا سفيهًا» لزال اللبس.

قال القونوى: يمكن حمله على ما إذا عقد الولى السفيه معنى أما عقده لنفسه فيجوز الزيادة».

قال: ويمكن حمله على ما يعم عقد الولى وعقد السفيه][1]

وقوله: وزاد ضيافة من مر منا ثلاثة فأقل، وذكر قدر عدد وأكل وأدم وعلفًا وجنسًا ومنزلًا، ويؤخذ أو بدله لأهل الفيء، برضًا بلا إهانة، ومن يد مسلم، أو تضعف زكاة لمصلحة لا جبران وزاد ونقص إن وفى بدينار لكل، ويقال أو بخراج كذلك على ما فتح لا قهرًا حتى يسلموا.

أى: ويستحب أن يزيد عليهم بشرط الضيافة لمن يمر بهم من المسلمين من أهل الفيء وغيرهم على الغنى والمتوسط منهم لا الفقير؛ لأنه ﷺ صالح أهل أيلة وعددهم ثلاثمائة على ثلاثمائة دينار، وعلى ضيافة من يمر بهم من المسلمين[2]. ولا يكون الشرط مجهولًا؛ فيبين عدد أيام الضيافة من السنة، وعدد الضيفان، ومدة إقامة كل من يوم أو يومين إلى ثلاثة أيام، ولا يزيد عليها فيقول: الضيافة فى السنة مائة يوم مثلاً، ويبين الفرسان والرجالة فيقول: ألف رجل فى السنة، الفرسان كذا، والرجالة كذا ثم هم يتوزعون ذلك فيما بينهم، ويقول: لكل واحد من الخبز كذا أو من السمن أو الزيت كذا، ويبين العلف ولا يجب تبيين قدره، ولذلك عطفه[3] على قدر لا على عدد، قال الرافعى ومن بعده: ويشبه ألا يحتاج إلى ذكر قدر العلف.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٩/ ١٩٥) من طريق الشافعى.

(٣) فى أ: وكذلك علقه.

واعلم أن الشعير لا يدخل تحت ذكر العلف، فإن أراد أن يذكر بين قدره.

وللإمام أخذ البدل عن الدينار وكذا عن الضيافة نقدًا، لكن إن رضوا فقد يكون الدينار والضيافة أهون عليهم، وإذا أخذ بدل الضيافة صرفه مصرف الجزية لأهل الفىء.

وتؤخذ منهم الجزية برفق كسائر الديون، ويوكل المسلم فى أدائها ويضمن بها، وقيل: تؤخذ على سبيل الصغار والإهانة؛ بأن يكون الذمى قائمًا والمستوفى جالسًا، ويأمره أن يخرج يده من جيبه ويحنى ظهره ويطأطئ رأسه ويصب ما معه فى الميزان، ويأخذ المستوفى بلحيته ويضرب لهزمته وهى مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن، واختلفوا هل هذه الهيئة واجبة أو مستحبة؟

والصحيح - كما قال النووى -: أن هذه الهيئة باطلة ودعوى استحبابها خطأ، وإيجابها أشد خطأ. ويجوز أن يعقد لهم الجزية بضعف الزكاة بدل الدينار، وإنما يفعل ذلك للمصلحة؛ كما فعل عمر[١] رضى الله عنه لنصارى العرب وهم بهراء[٢] وتنوخ وتغلب، قالوا لعمر رضى الله عنه: نحن عرب لا نؤدى ما يؤديه العجم، فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض - يعنون الزكاة - فقال عمر - رضى الله عنه -: هذا فرض الله تعالى على المسلمين، قالوا: فخذ منا ما شئت بهذا الاسم، فتراضوا على أن يضعف الزكاة عليهم، ولم يخالفه أحد فكان كالإجماع. ويشترط أن يعلم حالة العقد أن ذلك لا ينقص عن الجزية دينار لكل شخص، فإن قبل فإذا كان فيهم من لا زكاة عليه فكيف يقرر بلا جزية؟

فأجاب ابن أبى هريرة والأكثرون بأن المأخوذ من أهل الأموال يؤخذ عنهم وعن غيرهم ولبعضهم أن يلتزم عن نفسه وعن غيره.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز، وأجرى الوجهين فيما لو التزم واحد عشرة عنه وعن غيره تسعة، فإن بان أن ضعف الزكاة أكثر من الدينار وسألوا الإقالة، أقلناهم على الأصح؛ لأن الدينار هو الأصل، بخلاف ما إذا عقد بأكثر من الدينار فإنه لا يقال كما سبق بيانه.

ويجوز أن ينقص عن قدر الزكاة إذا وفى بالدينار، فإن نقص عن الضعف أوجبنا ضعفين وثلاثة حتى يفى بالجزية. فإن عقدها بالضعف، أخذنا فى خمس من الإبل شاتين وفى عشر أربعًا. وهكذا. وفى ست وثلاثين بنتى لبون. فإن عدم فرض ونزل وأعطى الجبران لم يضعفه عليه وهو المراد بقوله: لا جبران، ويجوز أن يعقدها[٣] لهم بخراج يضربه على

---

(١) أخرجه البيهقى (٩/٢١٦).

(٢) فى أ: بهز.

(٣) فى ط: يفقدها.

أملاكهم بدل الدينار، وإنما يفعل ذلك للمصلحة.

فإذا صالحنا أهل بلد على أن أرضهم لهم بخراج نضربه عليها، وكان لا ينقص عن الجزية - استمر وجوب هذا الخراج إلى أن يسلموا؛ لأنه جزية.

وأما إذا ملكنا أرضهم بالفتح قهرًا ورددناها إليهم بخراج، فإن ذلك الخراج لا يكون جزية، بل تضرب عليهم الجزية والخراج أجرة الأرض مؤبدًا؛ كما فى أرض السواد، سواء أسلموا أم لا.

وقوله فى الحاوى: ويزيد ضيافة المسلم، إلى قوله: «وينصف[1] إن وفى»: فيه أمران:

أحدهما: قوله: بذكر العدد وقدر الطعام والأدم وجنسه والعلف والمنزل. قال فى الروضة: ولا يحتاج إلى ذكر قدر العلف، وإن ذكر الشعير بين قدره، وإطلاق العلف لا يقتضى الشعير نص عليه، انتهى.

الثانى: قوله: «وأخذ لحيته»: الصحيح أن هذه الهيئة باطلة لا أصل لها كما سبق بيانه وأنها تؤخذ برفق؛ كالديون.

وقوله: وأذن لحربى احتيج وإلا أخذ بشرط عشر تجارته [مرة فى السنة، وزاد ونقصَ كذمى بالحجاز][2].

أى: وإذا استأذن أحد من أهل الحرب فى دخول دار الإسلام، فإن احتيج إلى دخوله أذن له فى الدخول بلا شىء، وإن لم تكن حاجة لم يأذن له مجانًا، بل يشترط عليه عشر تجارته أو أقل أو أكثر على حسب المصلحة. ولا يأخذ ذلك منهم فى السنة إلا مرة واحدة على الأصح.

والذمى لا يؤخذ منه شىء إلا فى الحجاز؛ لأنها محرمة عليه حرمتها على الحربى، فحكمه فيها كحكم الحربى فى الإذن مجانًا لحاجتنا، واشتراط العشر أو أقل أو أكثر عند عدم الحاجة.

[وقوله فى الحاوى: «ويأخذ عشر بضاعة تجارة الحجاز» إلى قوله: «إلى أن يسلم لا إن ملك وردته» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ويأخذ عشر بضاعة تجارة الحجاز وأهل الحرب» فأطلق جواز الأخذ وهو لا يأخذ إلا إذا شرط عليهم فإن أخذت فى الدخول ولم يشترط لم يجز الأخذ منهم إلا العشر ولا بعضه.

---

(١) فى أ: وبنقص.

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من متن «الإرشاد».

الثاني: قوله: «بضاعة تجار الحجاز وأهل الحرب» قال القونوي: وقد فهم من قول المصنف: «وأهل الحرب» أن المراد بتجار الحجاز أهل الذمة وليس كما قال، بل المراد تجار الكفار بالحجاز حتى يشمل الحربى والذمى؛ لأنهما فى دخول الحجاز سواء، ويختص الحربى بالمنع فى سائر البلاد ولا شك أن كلامه فى الحاوى غير واف بالمقصود.

الثالث: قوله: «فى السنة مرة أو أكثر ونصفه» لو أخر قوله: «فأكثر» إلى بعد قوله: «ونصفه» لزال الإشكال؛ لأن الصحيح أن الأخذ لا يكون فى السنة إلا مرة، وأما البضاعة فيؤخذ منها العشر وأكثر، وأقل بحسب المصلحة، وقد تنازع شراح الحاوى فى هذه المسألة والحق أن الوضع مشكل.

الرابع: قوله: «ويقرر ملكه بخراج إلى أن يسلم» صوابه: «ويقرره بخراج على ملكه إلى أن يسلم»؛ لأن هذا المأخوذ خراجا هو الجزية التى قررها جعلت على الأرض، ولهذا اشترطوا ألا ينقص الخراج عن قدر الجزية، وسياق كلامه يقتضى أن ذلك كالعشر المأخوذ من التجارة زائدًا عن الجزية، ولم يذكر الأصحاب ذلك.

الخامس: قوله: «لا إن ملك ورد به» أى: لا إن ملك الإمام أرضهم وردها عليهم بالخراج فإنه لا يبطل بإسلامهم بل يستمر الخراج عليها كأرض السواد فلم يذكر اختلاف حكمها إلا فى بقاء الخراج وحكمها مختلف من طرق أخر وهو أنه فى الثانية لا يجوز أن يكون الخراج هو الجزية بل عليه جزية غير الخراج بخلاف المسألة الأولى][1].

وقوله: وأمن ذمى بنسوة وولد صغير ومال وخمر وبشرط ناقصى قرابة وصهر، وجدد لمن كمل وغض بناءه عن جار مسلم وبقى عالٍ[2] اشتراه، وكذا كنائس بشرط، وتعاد وبشرط تحدث ودونه ببلد له صالح عنه وحمى به من كافر لم يستثن، وركب بإكاف عرضًا وبركب خشب لا خيلاً ولبس وامرأة غيارًا وبحمام خاتم حديد بعنقه.

أى: إذا عقد الذمى بالجزية أمن هو وزوجاته وأولاده الصغار ورقيقه؛ لأنه مال، ولا أمان لمن لم يأمن على نفسه وأهله وولده وماله، ويأمن على خمره فلا تراق، ولا تتلف خنازيره إلا إذا أظهر ذلك. فإن لم يظهرها وأتلفها أحد[3] فهو متعدٍ. وأما قرابته ممن كان منهم ناقصًا كالنساء والصبيان والمجانين فمن شرط دخوله معهم فى أمانه أمن معه.

وإن لم يشترطهم لم يدخلوا، وسواء المحارم وغيرهم من الأرحام والعصبات، وكذلك

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: وبقى لمال.
(٣) فى أ: أخذ.

الأصهار، ثم من عليه الذمة تبعًا لأبيه أو سيده إذا بلغ أو عتق، فالأصح أنه لا يكفيه عقد أبيه أو سيده، بل يجدد العقد لنفسه؛ لأنها جزية أخرى، هذا ماله.

وأما الذى عليه فليس له[1] أن يبنى بناء يعلو به بناء جاره المسلم؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، بل ليس له أن يساويه فى البناء فليخفضه عنه، ولو رضى جاره بذلك؛ لأن المنع لحرمة الإسلام. ولا بأس بارتفاعه على بناء غير جاره، وإذا انفردوا فى موضع لم يمنعوا من إطالة البناء.

وأما ما اشتراه أو دخل فى ملكه بطريق آخر وهو عال، فلا يكلف هدمه؛ لأنه وضع بحق وهو غير ممنوع بخلاف ما أحدثه وهو ممنوع.

وكذلك إذا فتحنا بلدًا [صلحًا على أن لنا الأرض وشرطوا][2] بقاء البيع والكنائس، بقيت ولم تهدم.

ولهم أن يرموا ما انهدم منها ويعيدوه، وقيل: لا يعاد منها شىء ظاهر إلا إذا استهدم جدار بنوا عوضه من داخله، والصحيح الأول.

ولو اشترطوا أن يحدثوا فيها البيع والكنائس لم يمنعهم، وإن لم يشترطوا شيئًا هدمت كنائسهم وبيعهم على الأصح كما لو فتحت عنوة.

وأما إذا لم يملكها بل صالحوا عليها بخراج ونحوه، فإنهم يحدثون الكنائس والبيع؛ لأنها ليست بلد إسلام، ثم توسيع الكنيسة إحداث فيمنعون منه حيث يمنعون من إحداث الكنائس، وما وجد من الكنائس والبيع فى دار الإسلام ترك على حاله؛ لأن الظاهر أنه قرر بشرط فيعيدونه إذا انهدم ولا يوسعون فيه، وقد بينا أن الذمى يأمن على نفسه وماله وأهله وولده، وكما نحميه من المسلمين نحميه من الكفار.

وأما إذا كانوا فى بلدنا فظاهر ولا يجوز لنا أن نشترط عدم حمايته منهم، بل يفسد بذلك العقد على الصحيح، وإن كانوا فى دار الحرب لم يلزمنا الدفع عنهم، وإن انفردوا لزمناه على الأصح.

نعم إن شرطنا ألا ندفع عنهم الكفار لم يلزمنا الدفع، لكن يكره للإمام أن يشترط ذلك؛ لما فيه من إظهار عجزه.

ولأهل الذمة أن يركبوا ما سوى الخيل من الحمير والبغال النفيسة بالأكف لا بالسروج،

---

(١) فى أ: عليه.

(٢) فى أ: صلحًا وملكناها وشرطوا.

ويمنعون من رُكُب الحديد[١] لا الخشب، ويركبون عرضًا فلا يستوى أحدهما على الدابة بل يضع رجليه من جانب واحد، ويمنعون من حمل السلاح والتختم بالذهب والفضة.

ويجب أن يميزوا عن المسلمين فى اللباس بالغيار ليعرفوا، وهو أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونها، ثم الأولى باليهود الأصفر، وبالنصارى الأزرق ونحوه، وبالمجوس الأحمر أو الأسود، ويؤمرون بشد الزنار - وهو خيط غليظ - على أوساطهم خارج الثياب، ويميزوا قلانسهم عن قلانس المسلمين بذؤابة ونحوها.

وإذا دخلوا الحمام وتجردوا، جعلوا فى أعناقهم خواتم حديد أو جلاجل يعرفون بها.

وتلزم المرأة الغيار فى اللباس معهم لتعرف، ولا يلزمها ما يلزم المكلف من الصغار؛ لأنها لا جزية عليها، وكذلك صبيانهم فلا يمنعون من ركوب الخيل، ونحوها.

[وقوله فى الحاوي: «ويبنى دون بناء جاره المسلم» إلى قوله: «وخاتم حديد فى عنقه» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ويبنى دون بناء جاره المسلم وترك عال اشترى والكنيسة» قد يتوهم أن الكنيسة عطف على قوله: «عال» وليس كذلك بل عطف على المفعول المقدر بعد قوله: «ويبنى»؛ لأن لهم أن يحدثوا فى بلدهم بناء الكنائس.

الثاني: قوله: «ويبقى إن شرط» يوهم أنه لا يجوز أن يحدث فيها كنيسة بالشرط؛ بل يبقى ما كان موجودًا، والذى فى «العزيز» و«الروضة» أن لهم أن يحدثوا فى بلدهم بناء الكنائس.

الثالث: قوله: «ويدفع عنه الكافر إن لم يشرط عدمه» ليس على إطلاقه؛ بل ذلك إذا انفردوا فى بلد صولحوا عليها.

وأما إذا كانوا فى بلاد الإسلام، فإنه لا يجوز أن يشرط عدم الحماية منهم][٢].

وقوله: وترك صدر طريق، وعزر بإظهار ناقوس ومنكر يبيحه، ونقض بقتال ومنع جزية وتمرد، وكذا زنى بمسلمة وتجسس وإيواء عين ودعاء مسلم لدينه وقطع طريق وقتل عمد، وذكر الله تعالى ورسوله ودينه والقرآن بسوء يخالف دينهم إن شرط.

أى: إذا زاحم الذمى المسلمين فى الطريق، ترك الذمى لهم صدرها وألجئوه إلى أضيق الطريق بحيث لا يصدمه جدار ولا يقع فى وهدة. فإن خلت الطريق لم يلجأ. وإذا أظهر

---

(١) فى أ: ركوب الحديد.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أهل الذمة منكرًا؛ كالناقوس وشرب الخمر وإظهار عملها وبيعها، وأظهروا اعتقادهم فى المسيح، وأن الله ثالث ثلاثة، أو قراءة التوراة والإنجيل - عزروا، ولا ينتقض عهدهم وإن شرط الامتناع منه، بل لو شرط نقض العهد به فسد الشرط لا العقد.

نعم ينتقض عهدهم بالقتال إذا قاتلونا، وهذا إذا لم يكن لهم عذر.

فإن قاتلونا مع البغاة وهم يعتقدون جواز ذلك، أو أنهم المحقون - لم ينتقض عهدهم، وقد سبق بيانه فى قتال البغاة، وإن لم يكن لهم عذر انتقض عهدهمَ بذلك.

وينتقض عهدهم أيضًا بمنع الجزية مع القدرة على أدائها، وبالتمرد وهو الامتناع من إجراء أحكامنا عليهم، فهذه الثلاثة ينتقض بها عهدهم من غير شرط.

وأما إذا زنى بمسلمة أو وطئها بصورة النكاح، أو اطلع على عورات المسلمين ودل عليها، أو آوى متطلعًا على عورات المسلمين، أو فتن مسلمًا عن دينه أو دعاه إلى دينه، أو قطع الطريق أو قتل عمدًا بغير حق قتلاً به قصاص ما وإن يلزم[1] القاتل كذمى حرٍّ قتلَ عبدًا مسلمًا؛ لأنه لو كان القاتل عبدًا لاقتص منه ففى هذه المسائل إذا شرط الانتقاض بها انتقض، وإن لم يشترط لم ينتقض.

وكذلك إذا ذكر الله تعالى ورسوله ﷺ بسوء مما يخالف اعتقادهم، فحكمه حكم ما لو زنى بمسلمة. وأما ما يوافق اعتقادهم فقد بينا أنه يجب فيه التعزير، وقد سبق، وإن لم يشترط الانتقاض ولكن شرط اجتنابه فهل ينتقض به؟ وجهان.

وقوله: وصار ككامل أسر، لكن إسلامه قبل حكم برقه عصمه، وقرر أتباعه، فإن أبوا بلغ نساء المأمن، لا صبى لم يطلبه حاضن.

أى: وينتقض العهد بما ذكرناه، فإن انتقض صار الذمى كالحربى الكامل إذا أسر، فيتخير فيه الإمام بين القتل والاسترقاق والمن والفداء بحسب المصلحة، وفى قول: يبلغ المأمن.

والأصح ما ذكرناه لكن الحربى إذا أسلم بعد الأسر يجوز استرقاقه، والذمى إذا أسلم لا يسترق وإن نقض العهد، ولا ينقض العهد فى اتباعه إذا نقض، فيقرر نساؤه وأطفاله وعبيده ولا جزية عليهم، وإن أبوا التقرير وسألوا أن يبلغوا المأمن، أجبنا النساء ولم نجب الصبيان إلى ذلك.

نعم إذا طلبه من يستحق الحضانة إلى دار الحرب بلغناهم المأمن.

[وقوله فى الحاوى: «وإن أسلم قبل أن يختار الإمام شيئًا لا يجوز استرقاقه» إلى قوله:

---

(١) فى ط: وإن لم يلزم.

«أجيب النساء لا الصبيان» فيه أمران:

أحدهما: قوله: «وإن أسلم قبل أن يختار الإمام شيئًا لا يجوز استرقاقه» أوهم أنه يجوز شيء غير الاسترقاق حتى قال بعض شراح الحاوى: يحرز المفاداة. وقد علمت أنه لا يفدى إلا من قتل أو رق، وهذا بإسلامه معصوم منهما فما الذى نخافه حتى يفدى.

الثاني: قوله: «فإن طلبوا الرجوع إلى دار الحرب أجيب النساء دون الصبيان» أما الصبى نفسه فلا يجاب كما ذكره، لكن يجاب حاضنه إذا طلبه إلى دار الحرب][1].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الهدنة(١)

وقوله: فصل: يهادن والٍ بلدًا أو بإذن الإمام إقليمًا لمصلحة أربعة أشهر أو ما شاء معين عدل ذو رأى ولضعف عشر حجج وبطل زائد وعقد مطلق وبشرط فاسد كبقاء أسير ورد مسلمة أو بذل مال بلا خوف فينذر ثم يقاتل.

أى: اعلم أن الهدنة هى المصالحة وتسمى المعاهدة والموادعة، فلا تجوز المهادنة إلا للإمام، أو من أذن له الإمام فيها؛ لما فيها من الحاجة إلى النظر والاحتياط.

نعم يجوز للولاة أن يهادن الواحد منهم أهل قرية أو طرفًا من أطراف الإقليم؛ للحاجة إلى ذلك، ولأنه لا يسد بذلك على الإمام باب الجهاد فى الإقليم.

وإنما يجوز للإمام وغيره للمصلحة؛ كرجاء إسلامهم بالمخالطة، أو رجاء بذل الجزية، أو الاستعانة بهم على غيرهم، ولا يجوز سنة ولا أكثر من أربعة أشهر على الأصح.

فإن كان فى المسلمين ضعف جاز إلى عشر سنين، ولا تجوز الزيادة على ذلك، فإن زاد بطل الزائد وحده على الأصح، وهما قولا تفريق الصفقة.

ويجوز أن يهادنهم الإمام ما شاء هو، أو ما شاء فلان وهو مسلم عدل ذو رأى ومعرفة بالحرب من المسلمين لا منهم. ولا يجوز أن يقول: ما شاء الله؛ لأنه لا يعلم مشيئة الله إلا هو، وقد قال رسول الله ﷺ: «أقركم ما أقركم الله»(٢)، وذلك خاص به؛ لأنه كان يعلم ذلك بالوحى وإذا عقد مطلقًا بلا توقيت، بطل العقد على الأصح، وقيل: يصح فيما

---

(١) الهدنة تسمى: المهادنة، والموادعة، والمعاهدة، والمسالمة، مشتقة من الهدون، وهو السكون، ومعناها: المصالحة.

والهدنة شرعا: عقد يتضمن مصالحة الإمام أو نائبه، أهلَ الحرب على ترك القتال مدة مؤقتة وقد ثبتت مشروعية الهدنة بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ۚ إِنَّهُۥ هُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: ٦١] وجه الدلالة: أن الله - تعالى - يقول لنبيه - عليه الصلاة والسلام - إن طلب الكفار منك الصلح فأجبهم إلى طلبهم، والمهادنة نوع من الصلح.

وروى أن النبى ﷺ صالح سهيل بن عمرو على ترك القتال عشر سنين.

وقد أجمع المسلمون على جواز مهادنة الكفار عند ظهور مصلحة للمسلمين، والآية السابقة - وإن كانت مطلقة - لكن إجماع الفقهاء على أنها مقيدة بظهور مصلحة للمسلمين بآية أخرى، هى قوله - تعالى -: ﴿فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥]

والأصل فيها الجواز، وقد تجب إذا تعينت فيها المصلحة، أما إذا كانت المصلحة فى عدمها، فإنها تمتنع بالإجماع

(٢) تقدم.

يجوز، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة، ويبطل بالشرط الفاسد[١]؛ كما لو شرط أن يترك فى أيديهم أسيرًا أسروه، أو يرد إليهم أسيرًا أفلت، أو ترد إليهم المرأة إذا أتتنا مسلمة، بخلاف الرجل فإنه يجوز كما سيأتى؛ لأن المسلمة لا يؤمن أن يصيبها كافر، ولأنها قريبة إلى الافتتان لضعف عقلها وعجزها عن الهرب؛ قال الله تعالى: ﴿إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]. وكذلك إذا اشترطوا بذل مال لهم فسد العقد، سواء كان المال معهم وسألوا العفو[٢] عن المطالبة، أو سألوا بذله منا.

نعم إن خفنا الاصطلام منهم بذلناه لهم للضرورة، وكذلك لو عذبوا الأسارى فديناهم بالمال، ثم إذا كان العقد فاسدًا لا يجوز تبييتهم وأخذهم على غرة، بل يجب إنذارهم وإعلامهم لبطلان العهد[٣]، ثم نقاتلهم، فإن مات الإمام لم يفسخ ولا يجوز لمن بعده أن يحكم بفساده [باجتهاده إلا إذا حصل الإجماع على الحكم بفساده][٤].

وقوله: ووفى بشرط صحيح كرد من جاء، وإنما يرد رجل حر لطالب يحميه أو عاجز عنه ويعرض له بقتله ولا يغرم لغير وكعدم رد مرتد ولخوف نقض نبذ وأنذر وبه بيتهم.

أى: وعليه أن يفى بما شرط من الشروط الصحيحة على كل حال سواء بقى العذر المجوز للصلح أم لا؛ فإن شرط رد من جاء منهم فهذا الشرط صحيح، لكن لا يجوز رد النساء أو الصبيان أو العبيد.

ويجوز رد الرجل الحر إذا طلبه أهله وكان له عشيرة تحميه، فيرد إليهم، ولا يجوز رده إلى غيرهم، ولا رد من لا عشيرة له تحميه على الأصح، إلا إذا كان الطالب له[٥] ضعيفًا يقدر المطلوب عليه فيمكن منه، وله أن يقتله، ويجوز لنا التعريض له بجواز[٦] قتله لا التصريح؛ لما بيناه من العهد، وليس الرد إلا أن يخلى بينه وبين طالبه كالوديعة؛ خلى رسول الله ﷺ بين أبى جندل ومن جاء يطلبه فخرج معه ثم قتله ورجع[٧]. وليس لنا أن

---

(١) فى أ: بالشروط الفاسدة.
(٢) فى ط: وسألوا أن ينفضوا..
(٣) فى أ: ببطلان العهد.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: به.
(٦) فى أ: لجواز.
(٧) طرف من حديث طويل أخرجه البخارى (٢٧٣١، ٢٧٣٢) من حديث المسور بن مخرمة ومروان ابن الحكم، وقد وقع وهم للمصنف: أنه ذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلى بين أبى جندل ومن جاء يطلبه ... الحديث والصواب: أنه أبو بصير.

نجبره على الرجوع معهم ولا يلزمه ذلك، وإذا منعناهم النساء، فالأظهر أنه لا يجب غرم الصداق؛ لأن النبى ﷺ إنما غرم الصداق لأنه شرط لهم رد من جاء من المسلمات ثم نسخ ذلك بالآية؛ فأمر برد الصداق لاغترارهم، وأما بعد النسخ فشرط ردهن يفسد العقد، وعند الإطلاق لا يدخلن.

وإن هاجرت الأمة فسيأتى حكم الرقيق - إذا هرب - فحيث قلنا بملك نفسه ويعتق فلا غرم؛ لأنها ملكت نفسها، وإلا فالملك باقٍ عليها، فتباع ويحال بينه وبينها، وأما الصبيان والمجانين فلا غرم فيهم؛ لأن الأحرار لا يضمنون.

ولو شرطوا عدم رد من جاءهم منا مرتدًا، جاز، وقلنا: بعدًا له وسحقًا، هذا هو الأظهر، والثانى: لا يجوز ليقام عليه حكم الإسلام فيه. وقال الماوردى: الصحيح عندى أنه يجوز فى الرجل دون المرأة. ولو شرطوا أن يردوا من جاءهم مرتدًا لزمهم الوفاء، فإذا منعوا نقضوا العهد، ومتى نقضوه جاز لنا أن نبيتهم من غير إنذار سواء علموا أن ذلك نقض أم لا.

ويحصل النقض بالتصريح به، أو بقتال المسلمين، أو نقل عورة إلى أهل الحرب، أو إيواء عين لهم، أو قتلهم مسلمًا، أو أخذ مال مسلم.

قال الإمام: وكل ما اختلف فى كونه ناقضًا لعقد الذمة، كان ناقضًا لعقد الهدنة؛ لضعفها وقوة عقد الذمة وتأكده بالجزية[1]. ولو نقض بعضهم وسكت الباقون عن الإنكار، انتقض فى الجميع، فإن أنكروا واعتزلوهم لم ينتقض[2] فى حقهم، وإن خفنا نقضهم وبدت أماراته نبذنا إليهم عهدهم، وأنذرناهم القتال، ولا يجوز نقض عقد الذمة بأمارة الخيانة لقوته، وإذا نبذنا إليهم العهد بلغناهم المأمن.

وقوله: وعتق عبد حربى هرب ثم أسلم لا عكسه بعد هدنة، وحماهم لا من حربى، وضمنوا وضمنا نفسًا ومالًا، ولو استنقذوا[3] من حربى، وحدوا بقذفنا، وعزر قاذفهم.

أى: وإذا هرب العبد أو الأمة منهم إلى مأمن وغلب على نفسه، فقد ملك نفسه فيعتق بذلك وهذا إذا فعل ذلك قبل الإسلام أو بعده وقبل الهدنة.

فأما إذا أسلم بعد الهدنة ثم هرب، فهذا مسلم تجرى عليه أحكام الإسلام، وأموالهم علينا محرمة حينئذ.

فلا يعتق لكن لا يرد على سيده بل يؤمر ببيعه على مسلم، فإن لم يجد أعطاهم الإمام

---

(١) فى ط: بالجبرية.
(٢) فى أ: لم يجز.
(٣) فى ط: ولو استنفد.

قيمته من بيت المال، أو أعتقه عن المسلمين وكان ولاؤه لهم.

واعترض فى المهمات على الرافعى فى تقريره هذا الحكم وقال: قد نقل قبل هذا بورقة عن التهذيب: وأشار إلى ترجيح خلافه.

قلت: ثم ذكر ما نقله صاحب التهذيب فى الأمة، وهو موافق لما ذكر هنا فى العبد، ثم نقل[(١)] قول الرافعى: إنه لم يتعرض جماعة لهذا التفصيل، وأطلقوا الحكم بالعتق ويجوز أن يؤخذ به.

وإن أسلمت ثم فارقتهم، ويوجه بأن الهدنة جرت معنا ولم تجر معها يعنى الأمة. انتهى. فعتق وما رتق؛ فإن الرافعى استدل على كون الهدنة جرت معنا دونها بالرجل إذا جاءنا مسلمًا ورددناه أن له التعرض لهم، والحق أن لا حجة فى ذلك؛ لأنه إنما جاز لمثل أبى جندل التعرض لهم؛ لأنا لم ندخله معنا فى الأمان، أما العبد إذا أسلم معهم فإنه كمن لا عشيرة له إذا جاءنا داخل معنا فى الهدنة، ولا يجوز التعرض لهم ولا لخيانتهم بالتغلب على نفسه، وهذه حجة الأصحاب التى [أثبتوا بها حكم الرق][(٢)]، وعلى الإمام أن يحمى أهل الهدنة من المسلمين والذميين، ولا يلزمه حمايتهم من أهل الحرب، بخلاف أهل الذمة؛ لما بيناه. وأما فى الضمان فلهم حكم الذمى، وإن أتلفنا مالهم ضمناه، وإن أتلفوا مالنا ضمنوه، وإن قتلوا منا لزمهم القصاص، وإن قتلنا منهم فدية ديتهم تغلظ فى العمد وتخفف فى الخطأ، ولو أخذنا أموال أهل الحرب وكان لهم فيها مال قد أخذه عليهم أهل الحرب، رددناه لهم كما نرده على المسلم والذمى، وإن قذفوا مسلمًا لزمهم الحد، وإن قذفهم المسلم لزمه التعزير كما لو قذف ذميًّا.

[وقوله فى الحاوي: «يهادن الإمام أو نائبه» إلى آخره - فيه أمور:

أحدها: قوله: «يهادن الإمام أو نائبه لأهل إقليم» قال شراحه: المراد النائب العام ولم أجده، والمعروف أن يهادنه الكفار وأهل الإقليم من أقاليم الكفار لا يتولاه إلا الإمام أو من أذن له فيه، ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

وقال فى المنهاج: عقدها لكفار إقليم اللزوم والهدنة يختص بالإمام أو نائبه فيها، أى: فى المهادنة. والنائب فيها هو المأذون له فيها، وذلك هو النائب الخاص فى الهدنة وكلام البيان مخالفهم][(٣)].

---

(١) فى ط: تم لعلّ.
(٢) فى أ: أبقوا بها علة حكم الرق.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

باب الصيد والذبائح

[وقوله: باب: الذكاة بمحض قطع أهل دين ننكحُ فيه بسرعة حلقوم ومرىء مستقر حياة ولو ظنا بنحو شدة حركة بعده، بجارح لا عظم وظفر، وجرحه مزهقًا، وهو مميز بصير لمعجز كجمل ند، وإرساله لا على مترد جارحة عودت أن تنبعث به، ويمسك له ولا تأكل وينزجر سبعها.

أى: اعلم أن الذكاة هى فى المقدور عليه بقطع الحلقوم والمرىء إما من الحلق أو اللبة، فلو ذبح الإبل ونحر البقر والغنم جاز. وفى كراهيته قولان. والحلقوم مجرى النفس والمرىء مجرى الطعام والشراب، ويستحب قطع الودجين وهما عرقان فى صفحتى العنق، فلو بقى من الحلقوم أو المرىء شىء لم يقطع لم يحل ولم يسم قاطعًا لهما. ويشترط أن يكون الذابح مسلمًا أو كتابيًّا ممن دخل فى دينهم قبل النسخ والتبديل كما سبق بيانه فى النكاح، وإليه الإشارة بقوله: أهل دين ننكح فيه: فيدخل فيه المسلم والكتابى والأمة الكتابية؛ لأنا ننكح ذوات دينهم الرجل منهم والمرأة والصبى والمجنون والأعمى، ولا تحل ذبيحة المجوسى ومن حل فى دين أهل الكتاب بعد النسخ والتبديل، واحترز بقوله بمحض قطع، من مشاركة نحو المجوسى لنحو المسلم فى الذبح، أما فى قطع الحلقوم والمرىء أو فى إرسال السهم أو الجارحة بخلاف صيد السمك؛ لأنه ميتة حلال.

ومن المشاركة فى الإزهاق بغير قطع الحلقوم والمرىء، فلو قطع الحلقوم والمرىء رجل ورجل أخرج حشوته معًا لم يحل.

ويجب أن يسرع الذبح فى القطع ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة إلى حركة المذبوح قبل استتمام قطع المذبح كما ذكره فى الروضة.

ويشترط أن يكون المذبوح مستقر الحياة، واستقرارها يتيقن تارة ويظن تارة بعلامات وقرائن لا تضبطها عبارة، وشبهوه بعلامات الغضب والخجل ونحوهما. ومن أماراته شدة الحركة بعد قطع الحلقوم. وقيل: لا بد مع ذلك من انفجار الدم. والتغليظ إنما يكون إذا وجد بسبب يحال عليه الموت، فإذا عقر سبع بهيمة وبقى فيه حياة مستقرة حلت بالذبح، وإن تيقن هلاكها بعد يوم أو يومين.

وإن لم تكن حياة مستقرة لم يحل، وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت فإنها تحل قطعًا؛ لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه. وإذا أكلت البهيمة نباتًا ضارًّا فصارت إلى أدنى الرمق فهل تحل؟ وجهان.

وجزم القاضى حسين بالتحريم وما يحال عليه إذا شككنا فى استقرار حياة المعقورة لم

تحل على الأصح، والضمير فى قوله عائد إلى القطع.

والذكاة أيضًا محض جرح المذكور بشرطين آخرين البصر والتمييز للمعجوز عنه من الصيد والأنس المتوحش؛ كالجمل إذا ند والشاة الضاربة إذا فرت، فإذا رمى وهو بصير مميز إلى بعير فار سهمًا، أو أرسل عليه جارحة، أو تردى فى بئر، فطعن خاصرته حين لم يتمكن من ذبحه - حل، ولو رماه الأعمى لم يحل على الأصح، وكذا لو رماه غير المميز لصبًا أو جنون على المذهب، ويشترط أن يكون الجرح للمعجوز عنه مزهقًا.

فأما إذا لم يكن مزهقًا نظرت: فإن تمكن من ذبحه ومات بلا ذبح، حرم، وإن لم يتمكن وكان مقصرًا بأن اشتغل بتحصيل سكين أو بسنها وقد تشبث فى الغمد، حرم.

وإن لم يتمكن لقصر الزمان أو لامتناع الصيد حتى مات، حل.

ويشترط أن يكون الذبح والجرح بآلة تجرح، وألا يكون عظمًا ولا ظفرًا ولا لسن عظم، وما سوى ذلك من الحديد والرصاص والصفر والزجاج والحجر والذهب والفضة تحل[١] ذبيحة الجارح منه؛ لقوله ﷺ: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر، وسأحدثك أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة»[٢].

وما قطع بنقله دون حده لا يحل به الحيوان للحديث: «فى صيد المعراض إن قتل بحده فكل، وإن قتل[٣] بعرضه فلا تأكل»[٤] وقوله: أو إرساله: أى يشترط بمحض إرساله ويشترط فيه ما يشترط فى جرح السهم من كون فعل الكلب[٥] ونحوه مزهقًا ومرسله بصيرًا أو مميزًا، بخلاف ذبح المقدور عليه، فإنه يحل من الأعمى، وكذا من صبى غير مميز على الأظهر، لكن لا يجوز إرسال الجارحة على المتردى وإن كان معجوزًا عنه على الأصح بخلاف الناد. ويشترط أن تكون الجارحة معلمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] والجوارح من السباع نحو الكلب والنمر والفهد، ومن الطير كالبازى والصقر والشاهين. واشترطوا[٦] فى مصير الكلب وغيره من السباع والطير معلمًا أربعة أمور:

---

(١) فى ط: حل.

(٢) أخرجه البخارى (٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥)، ومسلم (٢٢/ ١٩٦٨).

(٣) فى أ: أصاب.

(٤) أخرجه البخارى (٥٤٧٧)، ومسلم (١/ ١٩٢٩).

(٥) فى أ: المكلف.

(٦) فى أ: اختلفوا.

أن ينبعث إذا أغراه على الصيد وأن يمسكه لصاحبه ولا تخليه وألا يأكل منه حينئذ؛ فإنه يكون إذا أكل ممسكًا لنفسه بخلاف ما إذا أكل بعد زمان، وأن ينزجر عنه إذا زجره، لكن لا يشترط انزجار الطير كما نقله فى الروضة وأصلها عن الإمام ولم يذكر سواه وقطع به فى جواهر القمولى. ويشترط أن يتكرر ذلك حتى يغلب على الظن اتصافه بذلك الأدب، ولا يتقدر بثلاث مرات.

[وقوله فى الحاوي: «بالذكاة محض قطع من نناكحه، وأمة كتابية» إلى قوله: «ولا يأكل منه مرارًا» فيه أمور:

أحدها: قوله: «محض قطع من نناكحه، وأمة كتابية» تعرض لها؛ لأن الحد لا يشملها؛ لأننا لا ننكحها، وذبيحتها تحل، و«المناكحة» عبارة الأصحاب، وعدل عنها فى الإرشاد فقال: «أهل دين ننكح فيه» فسلم من التجوز فى المناكحة لأنها مفاعلة، ونحن ننكح فيهم ولا ينكحون فينا، ولتدخل الأمة الكتابية؛ لأنها على دين من تنكح أهل دينه.

الثاني: قوله: «تمام الحلقوم والمرىء» تبع فى هذه العبارة الغزالى، وقال الرافعى: لا حاجة إلى لفظة لـ «تمام»، فإنه إذا أنزل بعضها لم يكن قاطعًا لهما.

الثالث: قوله: «وخرج المعجوز عنه» معطوف على «قطع» فى قوله: «محض قطع من نناكحه تمام الحلقوم» فاقتضى أنه يحل.

يخرج مَنْ يحل ذبحه فى المقدور عليه وليس كذلك، فإن الأعمى يحل ذبحه وكذا الصبى والمجنون على المذهب يحل ذبحهما ولا يحل اصطيادهما ولا بسهم ولا جارحة.

الرابع: قوله: «كإبل شرد»، وقد سبق مثله فى الزكاة، والإبل: اسم جنس جمع لا يقع على الواحد.

الخامس: قوله: «وظبى بشدة حركة وانفجار دم وآخر».

قال ابن النحوى فى تحريره: هذا ما صححه الإمام، وقال النووى: الأصح الاكتفاء بشدة الحركة، وهو قضية كلام الرافعي.

السادس: قوله: «بجارح لا عظم»، اقتصر على العظم، والظفر كالعظم أيضا.

السابع: قوله «وإرسال بصير بجارحة» مقتضاه إرسال الجارحة على المتردى، والأصح فى «العزيز» و«الروضة» و«المنهاج» التحريم.

الثامن: مقتضاه أن اشتراط البصر مختص بحالة إرسال الجارحة حيث قيل بها، وأطلق ما سواه، وحكم عدمه فى تحريم المعجوز عنه بإرسال سهمه وكلبه سواء.

التاسع: أنه شرط التمييز فى مرسل السهم والجارحة، فلا بد منه بخلافه فى المقدور عليه؛ فإنه يصح ذبح غير المميز على الأصح، فإن قيل: القصد يستلزم التمييز، قلنا: ليس

بصحيح؛ لقولهم: فإن قصده السبع والمجنون. على أن القونوى قطع بأن التمييز شرط فى الذبح، والذى صححه النووى فى «الروضة» خلافه.

العاشر: قوله: «ينزجر ويسترسل» مقتضاه أن الإنزجار شرط فى الجوارح كلها، والذى فى «العزيز» و«الروضة» وغيرهما أنه يختص بسباع الجوارح كما سبق بيانه؛ وقد نقل ابن الرفعة ما يوافق كلام الحاوى.

الحادى عشر: أنه أهمل من الشروط أن يمسك الصيد على صاحبه ويخليه.

الثانى عشر: قوله: «مرارًا» قال ابن النحوي: لم يقدر العظم لتكرار هذه الأمور عددًا بل قالوا: لابد من تكرارها حتى يغلب على الظن تأدب الجارحة، وقضية كلام البغوياعتبار ذلك ثلاث مرات وهو قضية كلام الغزالى والمصنف، يعنى صاحب الحاوي][1].

وقوله: قصد به عينه أو نوعه أو واحدًا منه وإن ظن غيره أو مات بفم جارحة أو بشركة صدمة أرض وإعانة جدار وريح أو ارتمى بقطع وتر، أو رده كلب مجوسى كمبان بمذفف، وحرم إن أكل فورًا لا ما قبله فليعلم، أو مات بعد غيبة بلا جرح أو به وثم مؤثر ولغا إغراء وسطًا.

أى: ويشترط أن يقصد بالرمى والإرسال الصادر من المسلم ونحوه عين المذكى فلو نصب حديدة فى طريق صيد رآه قاصدًا أن يمر به فيجرحه فاتفق ذلك، لم يحل؛ لأنه وإن كان قد قصد الإصابة فإن الشرط أن يقصد[2] العين بالفعل وإن أخطأ فى الظن، أو أن يقصد الجنس وإن أخطأ فى الإصابة.

وأما فى ذبح الشاة فالشرط أن يقع القطع بفعله واختياره، سواء كان مميزًا يصح قصده أو غير مميز على الصحيح. ولو سقطت منه سكين فذبحت شاة لم يحل.

وكذا لو جال سيفه فقطعها، بخلاف ما إذا قطع ما ظنه ثوبًا فبان بذبح شاة؛ لاختياره القطع. وإذا قصد بالرمى صيدًا فأصاب صيد غيره، حل، وإليه الإشارة بقوله: أو نوعه. والمراد نوع بالنسبة [إلى غير صيد][3]، سواء كان من نوع واحد أو من جنسين.

وكذا إذا قصد واحدًا غير معين من سرب فأصاب واحدًا حل؛ لوجود الذكاة وقصد الصيد الحاضر.

أما إذا لم يكن صيدًا فرمى أو أرسل كلبه رجاء أن يعترض صيدًا فيصيبه فاتفق اعتراضه

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: لم يقصد.
(٣) فى أ: إلى صيد.

فأصابه، لم يحل؛ لأنه لم يقصد عينًا ولا متوهمًا[(١)]؛ كما لو أجال سيفه فأصاب حلق شاة، وهذا بخلاف ما لو أحس به فى ظلمة أو مر[(٢)] وراء ستره فرماه فإنه يحل؛ لقصده العين، وقيل: لا يحل كالأعمى. ولو رمى شيئًا يظنه آدميًا أو ثوبًا أو حجرًا فبان صيدًا، حل، ولو رماه وهو يظنه صيدًا فكان آدميًا أو ثوبًا أو حجرًا فبان صيدًا حل؛ لأنه قصد جنس الصيد، ولو رماه وهو يظنه صيدًا، فكان آدميًا أو حجرًا لكن أصاب غيره، لم يحل؛ لأنه لم يقصد الصيد ولا جنسه.

ولا يشترط فى إرسال الجارحة الجرح، بل لو أمسك الصيد فقتله غمًّا بضغطه عليه وتحامله عليه حل، ولهذا لم يشترط فى الأصل: إلا إرسال الجارحة، ولم يشترط جرحها للصيد؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، وسميت جارحة؛ لكونها كاسبة لا لكونها تجرح قال الله تعالى: ﴿ٱجْتَرَحُوا۟ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [الجاثية: ٢١] أى اكتسبوها.

ولو أصاب السهم طيرًا فى الهواء فوقع وصدمته الأرض ومات بهما، حل؛ لأن الوقوع على الأرض لابد منه، بخلاف ما لو وقع على غصن أو سطح أو جبل وتدهور منه أو وقع فى ماء؛ فإنه يحرم.

والماء فى حق طير واقف على وجه الماء كالأرض، ولو كان فى[(٣)] هواء البحر والرامى فيه فوقع الصيد فيه، حل.

وإن كان الرامى فى البر لم يحل، وإن أعان السهم جدار بأن وقع عرضه على الجدار فازدلق وأصاب الصيد حل؛ لأنه متولد من رميه ولا اختيار للسهم.

ولو نزع قوسه فانقطع الوتر وارتمى وقتل الصيد حل؛ لحصول الإصابة بفعله وقصده.

ولو أرسل مسلم كلبه فهرب عليه[(٤)] الصيد، فرده كلب أرسله مجوسى، ثم قتله كلب المسلم - حل؛ كما لو أمسك مجوسى الصيد لمسلم فذبحه.

وإذا رمى سهمًا فجرحه جرحًا مذففا وأبان به عضوًا منه، حل الصيد والعضو.

وكذلك إذا قده نصفين، وأبان منه عضوًا بجرح غير مذفف فأدرك الصيد وذبحه أو جرحه جرحًا آخر مذففا حرم العضو المبان وحده؛ كما لو أبان من الشاة عضوًا ثم ذبحها وفيها حياة مستقرة.

---

(١) فى ط: مبهمًا.
(٢) فى أ: أو مِنْ.
(٣) فى أ: هو فى.
(٤) فى أ: فهرّت عليه.

وإذا أكل الجارحة من الصيد لم يحل؛ للحديث: «إذا أرسلت كلبك المعلم فأمسك وقتل فكل، فإن أكل[١] فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه»[٢] فحينئذ يجب أن يستأنف تعليمه، ولا ينعطف التحريم على ما قبله؛ لأن الرامى إذا ارتد بعد الاصطياد لم يحرم صيده.

فكذلك الجارحة إذا خرجت بعد الاصطياد عن كونها أهلاً له لم يحرم ما صادت قبل.

وهذا إذا أكل عقيب الإمساك، أما إذا أكل بعد طول الفصل فلا يؤثر، على المذهب.

وإن أرسل السهم والكلب على صيد وغاب عنه الصيد قبل أن يعلم أنه أصيب، لم يحل، وإن وجده ملطخًا بدم، هذا إذا لم يجد فيه سهمه؛ لإمكان أنه مات بسبب آخر. وإن غاب عنه مجروحًا ثم وجده ميتًا بعد ذلك نظرت: فإن كانت الجراحة مذففة حل. وإن لم تكن مذففة: فإن كان هناك ما يمكن الحوالة بالهلاك عليه مثل أن يجده فى ماء أو بصدمة جبل أو وجد فيه جرحًا آخر لم يحل، وإلا ففيه طرق، أصحها أنه على قولين، أظهرهما عند جمهور العراقيين: التحريم.

وعند صاحب التهذيب الحل، قال النووى: قلت: الحل أصح دليلاً، وصححه الغزالى فى الإحياء وتثبت فيه أحاديث صحيحة ولم يثبت فى التحريم شىء.

وعلق الشافعى الحل على صحة الحديث وقد صح. وإذا استرسل كلب بنفسه على صيد ثم أغراه به لم يحل، وكذا إذا زاد عدوه على الأصح.

وإن أرسل مجوسى كلبًا فأغراه مسلم، لم يحل، وإن زاد عدوه على الأصح، بخلاف عكسه.

[وقوله فى الحاوى: «قصده وعينه ونوعه» إلى قوله: «كالعدة»، فيه أمور: أحدها: قوله «قصده وعينه» أى: قصد القطع وعين المقطوع، فالضمير الثانى لا يعود على ما يعود عليه الضمير الأول، فافهمه.

الثانى: قوله: «ونوعه» ليس المراد نوع ما قصده كما توهمه بعضهم، بل المراد نوع الصيد المعجوز عنه، وكذا لو قصد رمى ظبية فأصاب طيرًا - حل.

الثالث: قوله: «أو أعانه للريح وانصدام حائط السهمُ» برفع السهم لكونه فاعلاً للمصدر الذى هو الانصدام، لو قال: وأعانه ريح وصدم حائط السهم - بنصب السهم - وجعل الريح وصدم الحائط معينين للسهم - لوضح المعنى وسهلت العبارة.

الرابع: قوله: «لا ما أكل منه» ظاهره أن الأكل فورًا وبعد طول الفصل سواء، بل قد قال

---

(١) فى أ: قتل.
(٢) أخرجه البخارى (٥٤٨٣، ٥٤٨٤، ٥٤٨٦)، ومسلم (٦/١٩٢٩).

الإمام: وكنت أود لو فصل فاصل بين أن يمكث زمانًا وبين أن يأكل كما أخذ؛ لكن لم يتعرضوا له.

قال النووى: قلت: قد فصل الجرجانى وغيره، فقال: إن أكل عقب القتل، ففيه قولان وإلا فيحل قطعًا، وقال فى الجواهر بعد تمام كلام الإمام، وليس أذكره، فقد ذكر جماعات أن القولين فيما إذا أكل عقب الأخذ، فإن أكل بعد طول الفصل حل بلا خلاف، وهذا الذى تمناه الإمام.

الخامس: قوله: «وما قبله إن اعتاد» ليس هذا على القول الصحيح، ولكنه تفريع على القول الذى يقول بحل ما أكل منه الكلب.

فنقول: إذا تكرر منه الأكل حرم الأخير قطعًا وفيما قبله.

السادس: قوله: «أو غاب فمات» الأصح أنه إن غاب وقد جرحه السهم أو الجارحة، أنه يحل كما سبق بيانه إذا لم يكن هناك ما يحال عليه][1].

وقوله: وندبًا نحر إبلاً وأرهف حدًا وتحامل وتوجه ووجه مذبحًا للقبلة وسمى الله تعالى ووجوبًا وحده لدى ذبح أو إرسال أو إصابة.

أى: ويستحب نحر الإبل كما [سبق][2] ويستحب لمن أراد أن يذبح أن يرهف الحد ويقطع بقوة وتحامل؛ لقوله ﷺ: «إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»[3]. ويستحب أن يستقبل الذابح القبلة؛ ويوجه المذبح إلى القبلة اقتداء برسول الله ﷺ. ويستحب أن يسمى الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨].

ولا تجب التسمية؛ لقول عائشة - رضى الله عنها -: إن هاهنا ناسًا حديث عهدهم بالشرك يأتوننا بلحم لا ندرى أيذكرون اسم الله عليه أم لا، فقال ﷺ: «اذكروا اسم الله وكلوا»[4]، ولو كان شرطًا فى الحل لما جاز الأكل مع الشك، وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] فالذى تقتضيه البلاغة أن قوله: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ لا يكون معطوفًا؛ للتباين التام بين الجملتين حيث الأولى فعلية طلبية والأخرى اسمية خبرية، ولا يجوز أن يكون جوابًا لمكان الواو؛ فيتعين أن تكون حالية

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) أخرجه مسلم (٥٧/ ١٩٥٥)، وأبو داود (٢٨١٥)، والترمذى (١٤٠٩)، والنسائى (٧/ ٢٢٧،٢٢٩).
(٤) أخرجه البخارى (٥٥٠٧).

فيتقيد النهى بحال كون الذبح فسقًا، وهو كما فسره فى الآية الأخرى: أو ﴿أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤٥] ولا يجوز أن يسمى مع الله غيره، فلا تجوز بسم الله واسم محمد رسول الله، فإن رفع فقال: ومحمد رسول الله فجائز.

وموضع التسمية حال الذبح للمقدور عليه، وإرسال الكلب والسهم على غير المقدور عليه، أو حال الإصابة من السهم والكلب.

وقوله فى الحاوى: «وندب تسمية الله تعالى»، إلى قوله: «وسرعة القتل»، فيه أمران:

أحدهما: قوله: «وندب تسمية الله تعالى» وحده اقتضى أن توحيد الله تعالى فى التسمية سنة وليس كذلك، بل واجب، فلا يجوز أن يقول: بسم الله ومحمد كما ذكروه.

والثانى: قوله: وسرعة القطع، مقتضاه أن السرعة سنة وهى واجبة، قال فى الروضة: المسألة الثانية: يجب أن يسرع الذابح فى القطع ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة إلى حركة المذبوح قبل استتمام قطع المذبح.

وقوله: وملك صيدًا تفرخ بملكه بقصده أو حبسه بمضيق وبملك وسع وبلا قصد تحجر أو أزال منعته، وإن حرر وأعرض وزاد به عن نحو كسرة كجلد ميت.

أى: والأسباب التى يملك بها الصيد كثيرة وهى تعود إلى ما ذكرناه. فإذا باض الطائر فى ملك إنسان نظرت: فإن كان قد أعده ليعيش(١) فيه الطائر ويبيض، فالبيض والفرخ ملك له. وإن لم يعده لذلك لم يملكه على الصحيح، وكذا لو توحل(٢) صيد فى أرضه لا يملكه إلا إذا قصد بسقيها توحل الصيد فيها، وكذلك يملكه بأن يحبسه بمضيق أما بأن يقع فى شبكة نصبها لذلك فإن الصيد يكون له لا لمن طرده إليها.

فلو انفلت من الشبكة، ففى الوسيط: أنه باق على ملك صاحبها، وفى الحاوى الكبير: إن كان ذلك يقطع(٣) الصيد عاد بذلك إلى الإباحة، وإلا فهو باقٍ على ملكه.

وكذا لو ألجأ الصيد إلى مضيق لا مخلص له منه؛ كأن أغلق عليه باب بيت ضيق، وإن لم يكن ملكه فإنه يملكه بالاستيلاء عليه.

وإن كان واسعًا لم يملكه، لكن لا يحل للأجنبى أن يدخل ملكه ويأخذه، فبهذا يكون كالمستحجر عليه ما دام فى ملكه.

فلو أخذه أجنبى ملكه على الصحيح، ويملك الصيد بإزالة امتناعه بفعله، فلو رمى

---

(١) فى أ: ليعشش.
(٢) فى أ: حلّ.
(٣) فى ط: بقطع.

صيدًا فكسر جناحه أو رجله فزال امتناعه ملكه، أما لو طرده[١] حتى وقف من الإعياء لم يملكه حتى يأخذه.

ومتى وقع الصيد بيده ملكه، وإن لم يقصد؛ كما لو أخذه لينظر إليه، ولا يزول عن ملكه بإعتاقه ولا بالإعراض عنه. وإليه الإشارة بقوله: وإن حرر وأعرض. ولو أعرض عن كسرة من الخبز ونحوها، ففى زوال ملكه عنها وكون الملتقط يملكها، وجهان:

قال النووى: قلت: الأرجح أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها، ويصح تصرفه فيها بالبيع والهبة. وهذا ظاهر أحوال السلف.

والثانى: لا تزول، ولمن وجدها أخذها بطريق الإباحة لينتفع بها، وليس له بيعها؛ لأنه لا يملكها.

ولو أعرض عن جلد ميتة فأخذه أجنبى فدبغه، ملكه؛ لأنه لم يكن مملوكًا قبل، وإنما كان اختصاصًا، فإن لم يعرض عنه لم يملكه الآخذ بالدبغ.

[وقوله فى الحاوى «والصيد ملك» إلى قوله: «لا جلد ميتة» - فيه أمور:

أحدها: قوله: «كأن عشش فى بنيانه بقصده» يوهم أن الطائر إذا عشش فيما بنى الإنسان كتعشيش الطيور أنه يملك الطير حتى قال شارحه القونوى: إنه يملك الصيد بما مر كما يملك الطائر فى بنائه الذى بناه بقصد التعشيش فيه. انتهى. وليس كذلك، وإنما يملك البيض والفرخ لاستيلائه عليه كما يقتضيه كلامه فى «الروضة» وصرح به فى «الجواهر».

الثانى: قوله: «وإلى واسع كالتحجر» هذا إذا كان الواسع ملكًا له، فإن كان مغصوبًا فلا تحجر، بخلاف ما إذا أنجاه إلى مضيق فى مغصوب، فإنه يملكه بالاستيلاء عليه، وفى الواسع إنما صار كالتحجر؛ لأنه يجوز لغيره دخول ملكه.

الثالث: قوله: «كأن أعرض عن كسرة» أى: فإن ملكه باق عليه، والذى رجحه النووى فى «الروضة» واستدل عليه بفعل السلف أن ملكه يزول، وأن من يأخذها يملكها، وله بيعها وهبتها كما سبق بيانه][٢].

وقوله: وإن أزمن وذفف آخر بلا ذبح أو مجوسى حرم وضمنه، وإن لم يذفف الثانى لكن جرح وقد عاد من عشرة إلى تسعة ومات بهما وقد تمكن من ذبحه فكعبد يلزم الثانى تسعة من تسعة عشر جزءًا من عشرة، وإن ذفف الأول فبجرح الثانى أرش، وإن أزمن بهما فللثانى ولا أرش، فلو عاد الأول وجرح ضمن الرابع، وإن جرحا معًا فهو لمن أزمن، وإن

---

(١) فى أ: طيره.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

استويا أو احتمل ملكا واستحلا فإن شك فى واحد وقف نصف لصلح.

أى: وإذا اشترك اثنان فى جرح صيد[١] نظرت: فإن تعاقبا وكان الأول مزمنًا ملكه بالإزمان ثم ينظر فى جرح الثانى: فإن كان مذففًا فقطع الحلقوم والمرىء حل، ولزم الثانى ما بين قيمته مزمنًا ومذبوحًا. وإن كان بغير قطع الحلقوم والمرىء أو كان مجوسيًا حرم؛ لأنه قد صار مقدورًا عليه ولزم الثانى قيمته مزمنًا.

وإذا لم يذفف الثانى ومات الصيد بالجرحين حرم؛ لاجتماع الحظر والإباحة، ثم النظر فيما يلزم الثانى فإن كان قيمة الصيد عشرة وأزمنه الأول فصارت قيمته تسعة ثم جرحه الثانى ومات بهما نظرت: فإن كان قبل التمكن من ذبحه لزم الثانى تمام قيمته مزمنًا وهو تسعة. هكذا قالوه.

واستدرك صاحب التقريب فقال: فعلى الأول وإن لم يكن إفسادًا لكنه يؤثر فى الزهوق؛ فينبغى أن يعتبر فيقال: إذا كان غير مزمن يساوى عشرة ومزمنًا تسعة ومذبوحًا ثمانية، لزمه ثمانية دراهم ونصف، فالفعلان أثرا فى فوات الدرهم فيوزع عليهما.

قال فى الروضة وأصلها: والأصح ما قاله صاحب التقريب، وإن تمكن من ذبحه فذبحه فعلى الثانى الأرش إن نقص بجراحته، قلت: هكذا فى الروضة فيما إذا أزمنه الأول وجرحه الثانى جرحًا غير مذفف ومات قبل التمكن من ذبحه لزم الثانى تمام قيمته مزمنًا، وقد استشكل بأنه لا يمتنع التمكن من ذبحه إلا إذا كان الجرح مذففًا قد سبق أنه لا يلزم الثانى قيمته مزمنًا.

وإن كان غير مذفف فقد تمكن من ذبحه، والحق أن عدم التمكن هنا تمكن من غير تقصير، بخلاف ذبح صيد نفسه؛ لأنه إذا لم يعلم بجراحته حتى مات عد غير متمكن.

فهذا يستقيم كلامه فى هذه وفيما إذا عاد الأول وجرحه ثانيًا، فليتأمل ذلك. والله أعلم.

وإن لم يذبح حتى مات فالأصح أنه يضمن أكثر من الأرش، وأنه يجب أن يجمع بين قيمتى يومى الجنايتين، فتكون تسعة عشر فيقسم الغرم عليهما، فيلزم الثانى تسعة من تسعة عشر جزءًا من عشرة يطالبه بها الأول، كما إذا كانت الجنايتان على عبد والأول سيده، وإن كانا جنايتين[٢] فالغرم عليهما بهذا التقسيط، وقد أطلق فى الحاوى وجوب التقسيط ولم يفرق بين أن يموت قبل التمكن من ذبحه وبعده، وذلك بما إذا تمكن من ذبحه ولم يذبح لتقصيره.

وإن ذفف الأول، فالصيد حلال وملك للأول، وعلى الثانى أرش جنايته[٣] إن نقصت

---

(١) فى أ: الصيد.
(٢) فى أ: أجنسين.
(٣) فى أ: جراحته.

شيئًا من الجلد أو اللحم.

وإن أزمن بالجرحين المتعاقبين - يعنى أن كلًّا منهما لو انفرد لم يزمن - فالصيد ملك الثاني؛ لحصول الإزمان عقب جرحه، ولا ضمان على الأول، فلو عاد الأول، وجرحه بعد إزمان الثاني، ومات بالجراحات الثلاث - لزم الأول ربع قيمة الصيد؛ لأن الأرش عند تعدد الجارح موزع على عدد الرءوس، ثم ما يخص الواحد يوزع على حالتى الضمان والإهدار، ويأتى كلام الروضة هنا: أنه يضمن تمام قيمته مزمنًا إذا لم يتمكن من ذبحه، وجعلناه إذا جرحه وهو غائب، ولم يعلم حتى مات ولم يصحبه سكين أنه غير متمكن، والله أعلم.

هذا كله إذا تعاقب الجرحان، فإن وقعًا معًا: فإن كان جرح أحدهما مزمنًا أو مذففًا، فالملك له، ولا ضمان على الآخر، وإن وقعا معًا فهو لهما، وإن احتمل أن يكون [الإزمان بهما وأن يكون][1] بأحدهما، فهو بينهما أيضًا، لكن يستحب أن يستحل كل منهما من الآخر تورعًا عن الشبهة.

وإن علم أن جرح أحدهما مذفف وشك فى جرح الآخر، ملك صاحب المذفف النصف، ووقف النصف الآخر حتى يصطلح عليه أو يتبين، فإن تعذر جعل النصف الثانى بينهما نصفين.

وقوله: وإن اختلط حمامهما باع من صاحبه أو باعا بعلم قيمة أو تقار وبحمام أرض لم يحرم صيده.

أى: إذا اختلط حمام رجل بحمام آخر، فليس لواحد منهما أن يقدم على التصرف فى شىء منه؛ لعدم تحقق ملكه، لكن لأحدهما أن يبيع نصيبه من الآخر مع الجهالة، فقد تدعو الحاجة إلى التسامح بإخلال بعض الشروط، ألا ترى كيف صححوا القراض والجعالة على ما فيهما من الجهالة؟! ولهما بيع الحمامين من ثالث إذا عرفت القيمة بأن كانت القيم متساوية والعدد[2] معلوم فيوزع على قدر الملكين، فإن جهلت القيمة أو العدد[3] لم يصح البيع؛ إذ لا يعرف قدر نصيب أحدهما، لكن إن تراضيا وتقارًّا على عدد معلوم وقيمة معلومة وباعًا، صح بالتراضى.

كما جازت القسمة بين زوجات من أسلم ومات قبل الاختيار، فإنه يجوز كما سبق فى نكاح المشرك، سواء تراضيا على التساوى أو التفاوت.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) فى ط: والعدّ.
(٣) فى ط: والعدّ.

باب الأضحية

وقوله: باب: إنما الضحية شاة زكاة وسبع ثنى إبل وبقر يذبح، وإن شارك بائع، كعن دم نسك لا جزاء وإن شق أذن، لا ذات جرب، وجنون قل به رعى، وعور، وبين مرض، وعرج، وهزال، وفوات جزء، لا خصية وقرن.

أى: اعلم أن الضحية سنة؛ فقد ثبت أنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين[١] والأملح الأبيض، وليست بواجبة؛ لقوله ﷺ: «ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم: الضحى والأضحى والوتر». وتختص بالأنعام وهى الإبل والبقر والغنم، وتختص من النعم بسن الزكاة وهو الجذع من الضأن والثنى من المعز، ومن الإبل والبقر بالثنى.

فالجذع من الضأن ما له سنة، والثنى من المعز ما استكمل سنتين، ومن البقر ما استكمل ثلاثًا، ومن الإبل ما استكمل خمسًا.

وهى فى حق أهل [كل][٢] بيت سنة على الكفاية، فيحصل الشعار بواحدة عن أهل البيت، وإن كان يستحب لكل واحد منهم أن يضحى.

ثم يجزئ الثنى أو الثنية من الإبل أو البقر[٣]، كل واحدة عن سبعة لكل واحد سبع، يشتركون فيها، والأصح أن لهم أن يقتسموا لحمها ويفرق كل واحد نصيبه على الفقراء ومن شارك منهم ليبيع أو يأكل جاز. وقيل: لا تصح القسمة بناء على أنها بيع فيقسمونها مشاعًا على الفقراء، ومن أراد اللحم اشترى من الفقراء، وإن ضحى بها عن واحد فهو أفضل.

والبدنة أفضل من البقرة، والشاة أفضل من سبع بدنة، فإن ضحى بها عن نفسه وقد نذر أضحية فهل تقع كلها فرضًا حتى لا يحل له الأكل منها، أم يقع سبعها فرضًا حتى يأكل من الباقى؟ وجهان، بناء على مسح جميع الرأس فى الوضوء هل يقع الكل فرضًا أم البعض والباقى سنة؟ وفيه وجهان.

وتجزئ البدنة أو البقرة عن سبع شياه لزمت الشخص بأسباب مختلفة؛ كمحظورات الإحرام والقران والتمتع والنذر، إلا ما كان منها جزاء فى نحو الصيد والشجر فى الحرم؛ لأن المرعى فى جيرانه المماثلة، فلا تجزئ بدنة عن سبع ظباء، حتى قال فى العزيز والروضة: لو وجب على رجلين شاتان فى صيد، لم يجز أن يذبحا عنهما بدنة. انتهى.

---

(١) أخرجه البخارى (٥٥٦٤، ٥٥٦٥)، ومسلم (١٨/١٩٦٦).

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: الإبل والبقر.

قلت: هذا واضح فى الذبح، أما لو أراد التقويم[(١)] أو التعديل كما هو صفة دم الجزاء، فإنه يجزئ، بل ذلك أفضل؛ لأن التصدق بمائة مكان عشرة أفضل، والله أعلم.

ويجزئ من ذلك الذكر والأنثى ومشقوق الأذن ومقطوعها إذا بقى متدليًا ولم يبن منه شيء. ولا يجزئ الجربان وكذا قليل الجرب على الأصح، ولا المجنونة التى بها جنون يقل معه رعى. ولا تجزئ العوراء ذاهبة الحدقة قطعًا، ولا قائمة العين على الأصح، ولا تجزئ المريضة البين مرضها، ولا العرجاء البينة العرج، ولا بينة الهزال، فإن كان المرض أو العرج أو الهزال يسيرًا لم يضر، ولا بينة فوات الجزء، فإن لم يبن كفلقة[(٢)] يسيرة من عضو كبير كالفخذ لم يضر، وإن كان العضو صغيرًا كالأذن منع جواز التضحية بها إن كان الجزء كبيرًا وكذا صغيرًا على الأصح، قال فى العزيز والروضة: وإن كان العضو كبيرًا وأخذ الذئب منه فلقة[(٣)] يسيرة لم يضر؛ لأن ذلك لا يظهر وإن كانت فلقة كبيرة لم يجز.

والذنب كالأذن، إلا أن الشاة إذا خلقت بلا ذنب أو بلا ألية أو ضرع لم يضر؛ وإن خلقت بلا أذن لم يجز؛ لأن الأذن عضو لازم بخلاف الضرع والألية؛ لأنه يخلو منه الذكر، وألحقوا الذنب بالألية، وفى النفس منه شيء، ولا يضر صغير الأذن ولا فوات القرن والخصية؛ لأنه لا أثر للقرن فى اللحم والخصاء يكثر اللحم فتجزئ الجماء لكن القرناء أولى.

[وقوله فى الحاوى: «يضحى ثنى الإبل والبقر ومجنون لا يرعى» فيه أمور:

أحدها: قوله: «يضحى ثنى الإبل» لم يأت بصيغة يصرح بها ما سوى الأنعام، وما دون الجذع من الضأن، والثنى من الإبل والبقر، ويدخل ما فوقه.

الثانى: قوله: «لا بيّن الجرب والمرض والعرج»، والذى عزاه فى «العزيز» و«الروضة» إلى المعظم ونسبه إلى الجديد يؤمن من الجرب أيضًا.

الثالث: قوله: «ومجنون لا يرعى» اشترط من يمنع من الرعى، وليس على إطلاقه بل إذا أقل به الرعى منع، ولفظ «الروضة» أنها التى لا تستدبر فى المرعى ولا ترعى إلا قليلاً.

الرابع: قوله: «ومقتضى» أنه إذا كان الجزء الفائت عيّن بيّن كالقلفة اليسيرة من عضو كالفخذ، أنه يضر، وهو مقتضى ما أطلقه القونوى فى شرحه، والذى فى «الروضة»: أنه لا يمنع القلفة اليسيرة من العضو الكبير كالفخذ، وقد سبق بيانه][(٤)].

---

(١) فى أ: التقديم.

(٢) فى أ: كقلفة.

(٣) فى أ: قلفة.

(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: بين طلوع شمس النحر وقدر أخف صلاته وخطبته ومضى التشريق بنية ذبحها وإن تقدمت كأن وكل بها[١] مسلمًا، وتعين بجعله ونذره ضحية، ولزم فى نحو عرجاء وصغير ولو بذمة لا فى ظبية كأن نذره عن نذره ولم يجزئه، وإن عينه عنه لغا، أو سليمًا فتعيب انفك، وأبدل كمعين عينه لا إن تعيب أو تلف.

أى: الوقت الذى تجزئ فيه الأضحية هو ما بين طلوع شمس يوم النحر إذا مضى مقدار ركعتى العيد أخف ما أمكن، ومقدار خطبته كذلك، وبين مضى آخر أيام التشريق، فإن ذبح قبل ذلك لم تجزه أضحيته؛ لقوله ﷺ: «من ذبح قبل الصلاة، فإنما يذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»[٢].

فإن لم يذبح حتى خرج أيام التشريق ذبح قضاء. ويكره أن يذبح ليلاً؛ لأنه قد يخطئ المذبح ويقل حضور المساكين. ويشترط نية المضحى، ويجوز تقديم النية، فإذا نوى أن يذبحها غدًا مثلاً ضحية كفاه؛ كما يجزيه تقديم نية الزكاة على التفرقة، وإن وكل مسلمًا بالنية والذبح جاز؛ لأن النية لا تصح من الكافر وإن نوى. ووكل فى الذبح كافرًا تحل ذبيحته جاز، لا إن وكله فيها. وتتعين المذكورات وهى الثنىّ من الإبل والبقر والجذع من الضأن فما فوقها من السن إذا جعلها أضحية.

فإذا قال: جعلت هذه البدنة أو البقرة أضحية، زال ملكه عنها وتعين عليه ذبحها؛ وكذلك إذا نذر أن يضحى بها.

ولو قال: جعلتها هديا أو لله على أن أهديها زال ملكه عنها. ولو قال: لله على أن أعتق هذا العبد، لم يزل ملكه عنه حتى يعتقه. وفرقوا بأن الملك فى الأضحية والهدى المعينين ينتقل إلى المساكين، وفى العبد لا ينتقل بل ينفك بالكلية. ولو نوى جعلها أضحية ولم يتلفظ لغا.

ولو أشار إلى ذات عيب أو سخلة أو فصيل وقال: جعلت هذه أضحية، أو لله على أن أضحى بهذه - تعينت ولزمه ذبحها، ولو التزم المعيبة[٣] أو الصغيرة فى الذمة فقال: لله على أن أضحى بعرجاء أو صغيرة لزمه على الصحيح كالمعينة ويصرفها مصرف الأضحية، لكنها لا تجزئ عن الأضحية المشروعة حتى لو كملت بعد ذلك ثم ذبحها لم يجزه؛ لأنها كملت وقد خرجت عن ملكه. ولو نذر أن يضحى بهذه الشاة وهى معيبة فذبحها قبل يوم

---

(١) فى أ: بهما.
(٢) أخرجه البخارى (٥٥٤٦).
(٣) فى ط: المعينة.

النحر، لزمه أن يتصدق بلحمها ولا يأكل منه شيئًا ولا تبرأ ذمته؛ لأنه ذبحها فى غير وقتها، فعليه أن يتصدق بقيمتها ولا يشترى بها مثلها؛ لأن مثل العيب لا يثبت فى الذمة.

ولو أشار إلى ظبية وقال: جعلتها أضحية، أو لله على أن أضحى بها، لغا على الأصح، بخلاف ما لو قال: لله على أن أتصدق بها، أو جعلتها صدقة، أو جعلت هذه الدراهم صدقة؛ فإنها تتعين على الأصح، كما قاله فى الروضة[١].

ولو التزم أضحية فى ذمته ثم عين عنها ما يصلح أن يكون أضحية، تعين على الأصح، ولزمه ذبحه عن أضحيته، وإن عين معيبة أو صغيرة لغا تعيينه؛ لأنها غير ما عليه.

فإن قال: لله على أن أضحى بهذه عما فى ذمتى وهى معيبة، لزمه ذلك؛ كما لو نذر أن يضحى بها ابتداءً وصرف مصرفها ولم يجزه كما سبق.

ولو نذر أن يضحى بهذه الشاة فحصل بها عيب بآفة سماوية، ذبحها وأجزأه، وإن تلفت أو ضلت لم يلزمه شيء.

وإن كانت المعيبة عما فى الذمة سليمة فتعيبت بآفة سماوية، انفك عنها النذر ولزمه الإبدال بها، وإن حصل العيب بها بفعل أجنبى ذبحها وطالبه بالأرش وأخذ به شاة، فإن لم يجد شارك به فى شاة، وإن أتلفها الأجنبى لزمه قيمتها ويشترى بها أضحية، فإن نقصت شارك وأجزأه، وإذا عيب المالك ما تعين إما ابتداء أو عما فى ذمته، لم يجزه ولزمه[٢] الإبدال بها، وتنفك المعيبة عن حكم الاستحقاق، وتعود إلى ملكه على الأصح.

[وقوله فى الحاوى: «بنيته وإن تقدمت لأن لكلٍ مسلمًا بهما» إلى قوله: «وإن النذر أبدل» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وتعين بجعله ضحية ونذر العين» عطف «البدل» على الضحية، وليس الجعل فيهما سواء، فإنه يقول: جعلته أضحية فيصير ضحية، ولا يكفيه أن يقول جعلته نذرًا بل لا بد من صيغة التزام نذره أضحية أو نذر الضحية حتى يطرد أحكامها، وعبارة الروضة: لو قال: جعلت هذه الشاه أضحية أو نذر الضحية بشاة معينة.

الثانى: قوله: «ولو فى الذمة مثال ذلك: لله على أن أضحى بمعيبة» وهذا مشكل بوجهين: أحدهما: أنه لم يعين عيبا والعيوب كثيرة، وقد ذكر فى الروضة فى نذر المعيبة ذلك كقوله لله على أن أضحى بشاة عرجاء ففيه ثلاثة أوجه: أصحها فيما ذكر الغزالى الصحة، ويلزمه فى الروضة فيما إذا نذر أن يضحى معيبة فذبحها قبل يوم النحر أن عليه

---

(١) فى أ: العزيز.
(٢) فى أ: ولم يلزمه.

قيمتها يتصدق بها، أو يشترى مثلها ليس بتصوير، وقوله فى الروضة: إن صاحب التهذيب قال: إن العيب لا يثبت فى الذمة، أراد لا يثبت بدل العيب فى الذمة كما هو القاعدة، وأما نذر العرجاء فقد ثبت فى الذمة.

الثانى من الوجهين: أن مقتضاه: أن المعيبة المنذورة فى الذمة تتعين؛ لأنه قال: ويتعين بجعله ضحية وبدل العين، ولمعينة ولو فى الذمة، والمعيبة لا يتعين - لو صح - لزومها، فأخرج عنها سليمة كان أولى، وأما القونوى فلم يتعرض لهذه.

الثالث: قوله: «وإن عين أبدل بها» فهم القونوى أنه جوز الإبدال بما عين عن النذر فى الذمة واعترض عليه، والظاهر أن المصنف لم يرد ذلك، وإنما أراد أن يفرق بينها وبين المعينة، وهكذا؛ لأنه قال: إذا تلفت لا شىء عليها، ثم عقبها بقوله: وإن عين لنذر أبدل بها معنى، ثم حكم ما عين عن المنذور والإبدال إذا تلف خلاف ما ذكره قبلها][1].

وقوله: وبإتلافه الأكثر من مثل وقيمة وبذبح متعدٍ أرش وتجزئ لا إن فرق فتجب القيمة ثم يشترى مثلاً فإن نقصت أو زادت ولا أكرم فشقص.

أى: وإذا أتلف المالك المعين ابتداء أو عما فى الذمة، لزم[2] الأكثر من مثل المعين وقيمته، ويتصور ذلك بحدوث رخص أو غلاء.

أما لو ذبح ذلك المعين أجنبى متعد، فإنه إن كان قبل وقت الأضحية لم يجزه ولزمه بالذبح أرش النقص بالذبح، وعلى الملتزم الإبدال، وهل يصرف اللحم مصرف الأضحية أو يملكه؟ وجهان.

وإن ذبحها وقت الأضحية أو بعده لزمه الأرش، لكنها وقعت الموقع اكتفاءً بالنية المتقدمة إن أخذها الملتزم وفرق لحمها، وإن فرقها الذابح لم يجزه ولزمه الإبدال وعلى الذابح القيمة، كما لو أتلفها أو أكلها، ثم يشترى بما وجب من أرش أو قيمة مثلاً.

فإن نقص الأرش أو القيمة الواجبة على الأجنبى، شارك به فى شقص، ولا يشترى به لحمًا ولا يتصدق به.

وإن زادت القيمة الواجبة على الأجنبى أو كان المتلف المالك وكانت القيمة يوم التلف أكثر، اشترى بها كريمة، فإن لم يوجد اشترى بالزائد على المثل شقصًا.

وقوله: وسبع ضأن ثم معز ثم بدنة ثم بقرة، وذكر أسمن أبيض، وذكر «اللهم هذا منك وإليك فتقبل منى»، وذبحه لا هى، والحضور، وأكل لقمة، ثم ثلثها من غير واجب وولده

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى أ: عدم.

وتصدق بباق أفضل والواجب أقل شىء لا من ولدها نيئًا يملكه فقيرًا وضمنه، وحرم تمليك غنى لا إطعامه وإهداء له، وكره لمضحٍ نحو حلق وقلم فى الشعر.

أى: وسبع من الغنم أولى من بدنة، والضأن أولى من المعز، فـ (سبع) مبتدأ وخبره ما بعده المعطوف عليه «أفضل» المذكور بعد، والبدنة أفضل من البقرة والشاة أفضل من سبع البدنة والبقرة وإن كان السبع أكثر لحمًا، وهو مأخوذ من قوله: وسبع ثم بدنة ثم بقرة، والضأن أفضل من المعز، والذكر أفضل من الأنثى؛ لأن لحمه أطيب.

وما حكى عن نص الشافعى - رحمه الله تعالى - أن الأنثى أحب، قالوا: لعله أراد التى لم تلد، والأسمن أفضل؛ لأن تعظيم الشعائر مفسر باستسمان الهدى.

قال الشافعى رحمه الله تعالى: واستكثار القيمة فى الأضحية أولى من العدد بخلاف العتق، والأبيض أفضل من الأعفر[1]، والأعفر أفضل من الأسود. ويكره حلق الرأس وسائر الشعور وتقليم الأظفار لمن يريد أن يضحى، قال ﷺ: «إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحى فلا يمس من شعره ولا من بشره شيئًا»[2]. والأولى ذكر: «اللهم هذا منك وإليك فتقبل منى»[3] عند الذبح، وحضور المضحى وذبحه بنفسه إن كان رجلًا، وإن كانت امرأة فالمستحب أن توكل فيه؛ فقد نحر رسول الله ﷺ بيده الكريمة من هدية ثلاثًا وستين[4] وكان مائة من الإبل، وأمر عليًا فنحر الباقى[5]، وقال ﷺ: «لفاطمة قومى إلى أضحيتك فاشهديها؛ فإن بأول قطرة من دمها يغفر لك ما سلف من ذنوبك»[6]. والأولى أن يأكل منها لقمة أو لقمًا ويتصدق بالباقى؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] فإن أكل منها الثلث فهو كمال أيضًا، ولكن لقمة أفضل. وهذا من أضحية التطوع، أما الأضحية الواجبة وسائر الدماء الواجبة؛ كدم التمتع والقران: فليس له أن يأكل منها شيئًا ولا من ولدها، ولا أن ينتفع بشىء منها، ويلحق بالملتزمات الواجبة ما

---

(١) ثبت فى حاشية أ: رمادى بين السواد والبياض.

(٢) أخرجه مسلم (٣٩/ ١٩٧٧)، وأبو داود (٢٧٩١)، والترمذى (١٥٢٣)، والنسائى (٧/ ٢١١)، وابن ماجه (٣١٤٩).

(٣) ورد مرفوعا من حديث جابر أخرجه أحمد (٣/ ٣٧٥)، وأبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١) بلفظ:

ضحى رسول الله يوم عيد بكبشين فقال حين وجههما إنى وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين الله منك ولك عن محمد وأمته.

(٤) ثبت فى حاشية أ: وفيه إشارة إلى عدد سن عمره ﷺ.

(٥) أخرجه مسلم (١٤٧/ ١٢١٨).

(٦) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٢٢).

إذا قال: جعلت هذه الشاة أضحية، والأصح أنه يحرم الأكل منها، وقال الرافعى: يشبه أن يتوسط فيرجح فى المعين[١] الجواز، وفى المرسل فى الذمة المنع، سواء عين عنه ثم ذبح أو ذبح تعيين؛ [لأنه عن دينه][٢] فى الذمة، فإن أراد أن يأكل أكثر من لقمة فلا يزيد أكثر من ثلث الأضحية وهو أدنى الكمال، ويجوز أكثر من ذلك.

ولا يجوز أكل جميع الأضحية والهدى المتطوع بهما، بل يجب التصدق بأقل شىء؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨]، والآية تدل على أن إرفاق الفقير مقصود.

ولا يحصل ذلك بإراقة الدم وحده، ويجوز أن يكتفى بإطعام فقير واحد، ولا يجوز أن يكون الإطعام من ولدها.

ويجوز أكل جميع الولد من المتطوع بها على الأصح، ويجب أن يملكه الفقير نيئًا ولا يكتفى أن يصنعه طعامًا ويدعو إليه الفقير، ولا أن يدفعه إليهم مطبوخًا كما لا يجوز الخبز فى الفطرة.

فإذا أكل الجميع ضمن القدر الواجب على الأصح، وقيل: يضمن أكثر القدر المستحب.

ويجوز أن يطعم الأغنياء منها، ولا يجوز تمليكهم، ويجوز الإهداء إليهم منها، هكذا قالوا، ولا أن يبيع شيئًا منها، ولا أن يبذل جلدها لمن يجزرها ويتصدق بجلدها أو ينتفع به؛ لقوله - عليه السلام-: «من باع جلد أضحيته فلا أضحية له». رواه الحاكم وقال: صحيح.

[وقوله فى الحاوي: «والأولى سبع» إلى قوله: «شيء لا من ولدها» فيه أمور:

أحدها: قوله «سبع غنم، ثم بدنة» سوى بين الغنم، والمعروف أن الضأن أولى من المعز.

الثاني: قوله: «وأن يضحى أو يشهد» قال ابن النحوى: استثنى الماوردى المرأة، لكن المستحب أن يوكل فيه، ذكره عن النووى فى شرح المهذب، وقال: جزم به فى المناسك.

الثالث: قوله: «ويحرم من الواجب» سكت عن حكم الولد، والذى فى «العزيز» و«الروضة» أنه حكم الأم لا يحل أكله، وقال فى المنهاج: إنه يذبحه فيحل أكله كله][٣].

❊ ❊ ❊

---

(١) فى أ: التعيين.
(٢) فى أ: لأنه عين دين.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

العقيقة

وقوله: وعقيقة كضحية، من وضع إلى بلوغ، وفى السابع كتسمية، وحلق وتصدق بزنة شعره نقدًا، للأنثى بشاة وللذكر بشاتين، بلا كسر عظم وتصدق بمطبوخ يبعثه أحب وكره لطخ بدم.

أى: العقيقة كالأضحية فى كونها مستحبة، وفى اشتراط الثنى من الإبل والبقر والمعز فما فوقه، وفى اشتراط الجذع من الضأن فما فوقه، وحكمها كحكمها فى الأكل والتصدق وامتناع البيع، وأنها تتعين بالتعيين واشتراط النية وإجرائها[١] قبل الذبح فينوى أنها عقيقة.

ووقتها من يوم الولادة إلى بلوغ المولود، فإن بلغ الولد سقط حكمها عمن يعق عنه، فإن أحب أن يعق عن نفسه فعل، والذبح يوم السابع أحب، وعن بعضهم أنه إذا لم يذبح فى السابع ذبح فى الرابع عشر ثم الحادى والعشرين.

وإنما يعق عن المولود من تلزمه نفقته. وتسمية المولود يوم السابع أحب ولا بأس بالتسمية قبله، فإن مات المولود استحب تسميته ولايؤخر إلى السابع، ويستحب أن يحسن اسمه ولا يقبحه، وحلق رأس المولود فى اليوم السابع أحب، والتصدق بزنة شعره فضة أو ذهبًا وهو المراد بقوله: نقدًا، وأن يذبح عن الأنثى شاة وعن الذكر شاتين فهو أحب أيضًا، وترك كسر العظم أحب تفاؤلًا بسلامة أعضاء المولود، والتصدق بالمطبوخ أحب، وبعثه إلى الفقراء لحمًا ومرقًا أحب وأفضل من الدعوة.

ويستحب ألا يتصدق بلحمها نيئًا وأن يطبخها بحلو تفاؤلًا بحلاوة أخلاقه، ويكره تلطيخ رأس المولود بالدم فإنه فعل الجاهلية، ولا بأس بتلطيخه بالزعفران ونحوه.



(١) فى أ: وإجزائها.

باب الأطعمة

وقوله: باب[١] : حل طاهر كجماد لا ضار وقذر ومسكر وكحيوان بحر وجراد حيًا وميتًا ومذكى بر طاب بحمل مات بها كأرنب وضبع وثعلب وسمور وسنجاب وفنك وقاقم وحواصل وقنفذ ويربوع وضب ووبر و زرزور ودلدل وابن عرس وزاغ وأم حبين وكل لقاط.

أى: هذا باب بيان فيما يحل أكله وما لا يحل وهو باب الأطعمة، فيحل كل طاهر إلا ما استثناه، فالجماد الطاهر حلال إن لم يكن ضارًا ولا قذرًا ولا مسكرًا.

فأما الضار فكالزجاج والتراب والحجر والسم؛ لأنه ليس للإنسان أن يهلك نفسه.

وأما المستقذر فكالمخاط والمنى وما أشبه ذلك. وأما المسكر الطاهر فكالحشيشة وهى حرام.

وقال فى الروضة: قال الرويانى: الذى يسكر وليس فيه شدة مطربة يحرم أكله ولا حد على آكله.

ويجوز استعماله فى الدواء وإن أفضى إلى السكر إذا لم يكن منه بد. واحترز بالطاهر عن النجس فإنه لا يحل أكله ولا شربه، فلو عجن خبز بماء نجس حرم أكله وجاز علفه الدواب.

وكحيوان البحر والجراد فإنهما طاهران حلالان سواء كانا حيين أو ميتين، حتى يجوز له أن يبتلع سمكة حية على الأصح؛ لأن الذكاة غير شرط فى حلها بخلاف حيوان البر، فلو ابتلع عصفورًا حيًا حرم، والمراد بحيوان البحر الذى إذا خرج منه كان عيشه عيش مذبوح كالسمك. ويكره ذبح السمك إلا إذا كان كبيرًا يتعذب بطول بقائه فيستحب ذبحه على الأصح إراحة له. ذكره فى الروضة.

وإذا شوى صغار السمك من غير شق جلد أكلها وعفى عن رجيعها، وتحل سمكة ميتة فى جوف سمكة إن لم تتقطع ولم تتغير؛ لأن لها حينئذ حكم الرجيع.

والأصح: أن كل حيوان البحر حلال سواء أكل نظيره فى البر أم لا؛ للحديث: «الحِلُّ ميتته»[٢]. وأما ما يعيش فى البر والبحر من طير الماء فإنه يحل إذا ذكى، أطلق القول بذلك واستثنى اللقلق على ما سنذكره وكمذكى البر، فلا يحل شىء من حيوان البر إلا بالذكاة المشروعة.

فلا تحل الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وكل ما ذكى ذكاة غير شرعية،

---

(١) ثبت فى حاشية أ: الأصل فى الباب آيات منها: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلۡ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾.

(٢) أخرجه أبو داود (٨٣)، والترمذى (٦٩)، والنسائى (١/ ٥٠)، وابن ماجه (٣٨٦).

ولا يحل من الميتة شيء سوى ما بيناه من حيوان البحر والجراد. وتحل المذكاة بحملها إذا خرج ميتًا؛ لأن ذكاته ذكاة أمه، فإن علم أنه لم يمت بذكاتها بأن بقى زمانًا طويلاً يتحرك ثم سكن لم يحل على الصحيح، وكذا إذا خرج بعضه وفيه حياة مستقرة، وإن تحرك فى البطن يسيرًا ثم سكن، أو خرج وبه حياة غير مستقرة أو مستقرة، ولكنها ذبحت حال خروجه فمات - حل.

ثم قال: «كأرنب»، إلى قوله: «ولقاط»: ممثلاً لمذكى البر فإن مثل هذه الحيوانات البرية لا تحل إلا بالذكاة، فالضبع حلال نص الشارع على حله، ولأنه لا يتقوى بنابه، وكذلك الثعلب لضعف نابه، والسمور والسنجاب والفنك والقاقم والحواصل كلها حلال على الأظهر؛ إلحاقًا لها بالثعلب، والدلق مقتضى كلام الروضة أن الأصح تحريمه كابن آوى، وقال فى المهمات: إنه حلال.

وقضية كلام الروضة سقط وقع فى الرافعى علم من الشرح الصغير، وسئل ابن عمر[1] - رضى الله تعالى عنهما - عن القنفذ، فتلا قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ...﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية واليربوع مما استطابته العرب، وأكل خالد الضب بحضرة رسول الله ﷺ[2]، والوبر حلال حكم فيه عطاء ومجاهد بشاة، والدلدل عظيم القنافذ، وأم حبين بحاء مهملة مضمومة وباء موحدة مخففة مفتوحة بعدها ياء ونون، قال الغزالى فى أم حبين: لعلها ولد الضب.

وأما الزاغ فهو غراب الزرع أسود صغير وقد يكون أحمر الرجلين يؤكل؛ لأنه مستطاب يأكل الزرع فأشبه الفواخت. ويحل أكل ذات طوق من الطير كالحمام واليمام والقمرى والدستى والفاختة والورشان والقطا والببغاء[3] فكلها من الطيبات، وكذا كل لقاط على شكل العصفور كالصعوة والزرزور والنغر والبلبل والعندليب.

[وقوله فى الحاوى: «حل الطعام الطاهر» إلى قوله: «وكل ذى طوق ولقاط» - فيه أمور:

أحدها: قوله: «حل الطعام الطاهر» اعترض بعضهم عليه بالطاهر المستقذر كالمخاط والمنى، والحق أن لا اعتراض؛ لأنه ليس بطعام؛ ولكنه أهمله، ولم يتعرض له.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور وأبو داود وابن أبى حاتم وابن مردويه كما فى الدر المنثور (٣/ ٩٦).
(٢) أخرجه البخارى (٥٥٣٧)، ومسلم (٤٣/ ١٩٤٥).
(٣) فى ط: والفافين.

الثانى: قوله: «كجلد مأكول دبغ» جعله مثالًا لما يحل أكله، وهذا هو الجديد أن جلد الميتة إذا دبغ حل أكله، وقال فى القديم: يحرم، قال فى «الروضة»: وصححه الأكثرون، يعنى القول القديم؛ لصحة قوله ﷺ: «إنما حرم من الميتة أكلها».

الثالث: قوله: «بالحمل» يعنى أن المذكاة تحل ويحل حملها، وليس ذلك على إطلاقه، بل ذلك إذا مات الحمل بالذكاة، أما إذا بقى زمانا يتحرك ثم سكن، أو خرج بعضه وفيه حياة مستقرة ثم مات - لم يحل كما سبق بيانه.

الرابع: قوله: «وكل ذى طوق ولقاط» لو اكتفى باللقاط لدخل فيه المطوق لأن كل مطوق لقاط][1].

وقوله: لا ذى مخلب وسم وإبرة وعاد بناب كتمساح وصقر ونسر وهر وابن آوى، وما أمر بقتله كغراب وحدأة. أو نهى عنه كخطاف وصرد وهدهد، وكبغاث ولقلق وعقعق وببغاء وطاووس [وبوم][2] ونهاش، وما استخبثت العرب كحشرات نحو ضفدع وسرطان وسلحفاة ونمل وذباب ووزغ وصرارة وإن أشكل روجعت وحمار أهلى، وفرع كل كسمع.

أى: لا كذى مخلب مثل جوارح الطير؛ فإنه لا يحل، ومثله ذو السم كالحية، وذو الإبرة كالزنبور والعقرب، وذو ناب يعدو به على الحيوان كالأسد والفهد والذئب والقرد والكلب؛ لأنها عادية بأنيابها.

وأما التمساح: فهو بحرى وعدوه مما يعدو بنابه.

وقد علمت أن القرش من دواب البحر يعدو بنابه وهو حلال، لكن علل الرافعى التمساح بأنه مستخبث ضار، ومثل لذوات المخلب بالصقر، وأدرجوا النسر فى ذوات المخلب، وفى الشامل أنه مستخبث، والهر يشمل الأنسى والوحشى، ويحرم ما أمر بقتله لأن الأمر بقتله يمنع من تربيته وتسمينه للأكل؛ قال ﷺ: «خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم: الحية والفأرة والغراب الأبقع والكلب العقور والحدأة»[3] فالغراب وسائر أنواعه حرام كلها إلا الزاغ وهو غراب الزرع وما نهى عن قتله قد ذكره فى الأصل.

والبغاث شرار الطير كالبغاثة، وهو طائر أصغر من الحدأة بطىء الطيران، يقع هذا الاسم علمًا عليها مؤنثًا لذكرها وأنثاها، والرخمة واللقلق من البغاث، والعقعق[4] طائر

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين زيادة من متن «الإرشاد».
(٣) أخرجه البخارى (٣٣١٤)، ومسلم (٦٧/١١٩٨).
(٤) فى ط: والقصص.

معروف صوته العقعقة، والببغاء معروف وهى الدرة، والبوم وهو يسكن الخراب معروف، والطاووس حرام كالرخم. ويحرم كل نهاش من الطير وهو ما يأخذ اللحم بمقدم فيه كالسباع.

ويحرم ما استخبثته العرب، والعبرة فى الاستطابة والاستخباث فيما جهل ولم يثبت فيه حكم بالعرف.

قال الرافعى: ويشبه أن يقال: يرجع فى كل زمان إلى العرب الموجودين فيه: فإن استطابته طائفة واستخبثته أخرى اتبعنا الأكثر، فإن استويا فقد قيل: يتبع قريش، ومثل للمستخبث بالحشرات سواء ما طار منها كالذباب، وما دب كالدود والجعلان وسائر الهوام، ولم يبيحوا منها إلا الضب، وقد عد منها السلحفاة - وهى بضم السين المهملة وفتح اللام وإسكان الحاء المهملة، وروى بضم اللام أيضًا - وهى من دواب الماء وتعيش فى البر. وإذا وجدنا حيوانًا لم يثبت فيه حكم وأشكل علينا سألنا عنه العرب، فإذا استطابته أو سمته باسم حيوان حلال أكلناه، وإن استخبثته أو سمته باسم حيوان حرام فهو حرام.

فإذا اختلفوا ولا ترجيح اعتبرناه بما يشبهه من الحيوان، فإن تعذر أو تعادل الشبهان فوجهان، قال النووى: والأصح الحل.

ولا يحل الحمار الأهلى؛ لنهيه ﷺ عام خيبر عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية(١)، ويحل الحمار الوحشى؛ لحديث قتادة رضى الله عنه أنه أكله فقال ﷺ: «هل معكم من لحمه شىء؟»(٢). ويحرم فرع كل ما يحرم أكله، وهو ما تولد منه سواء تولد من غير مأكولين أو من مأكول وغير مأكول؛ كالبغل والسُّمِّع المتولد بين الضبع والذئب تغليبًا للحرمة.

وقوله فى الحاوى: وسبع ضار: يغنى عنه ما سبق ذكره فى ذى ناب ومخلب يعدو به.

وقوله: وتكره جلالة ولبنها حتى تطيب بعلف، ومكتسب بنجس كحجامة، لا لعبد وناضح، ولا زرع زبل وجل، بل وجب لخوف مخوف لا فى سفر معصية سد رمق، ولقطع مهلكة شبع بحرام كميتة ولحم صيد لمحرم ثم قتله، وغصب طعام غير مضطر لم يبع، أو شراؤه بغبن، وضمن، وله قتاله، وقتل غير معصوم، وقطع فلذة منه إن أرجى وشرب دواء نجس لا صرف خمر ولإساغة وجب.

أى: ويكره أكل لحم الجلالة وشرب لبنها، وهى التى تأكل العذرة شاة كانت أو غيرها،

---

(١) أخرجه البخارى (٥٥٢٣)، ومسلم (١٤٠٧/٢٩).
(٢) أخرجه البخارى (٢٩١٤)، ومسلم (١١٩٦/٥٧)، عن أبى قتادة لا عن قتادة كما ذكر المصنف.

حتى تحبس على العلف ويطيب لحمها ويزول نتنه، واللبن والبيض كذلك.

ولو زال النتن بغير العلف كالغسل والطبخ لم يؤثر(١).

ويكره للحر الأكل من كسب من يخامر النجاسة كالحجامة والختان وكنس(٢) الزبل والدبغ والذبح لا الحياكة ولا بأس بإطعامه رقيقًا لدناءته وكذا يطعمه البهائم.

ولا يكره طعام الزرع النابت فى الزبل وغيره من النجاسات. ويباح بل يجب على المضطر إلى الطعام إذا خاف الهلاك أو مخوف مرض أو زيادة فى المرض أن يأكل من الحرام كالميتة والدم والخنزير.

فإن كان فى سفر معصية لم يبح له ذلك على الأصح، فليتب ثم ليأكل، وليس له أن يشبع من الحرام إلا إذا كان قاطعًا مهلكة لا زاد فيها، وعلم أنه إن لم يشبع عجز عن السير وهلك.

فإذا وجد ميتة ولحم صيد وهو محرم يخير بينهما، بخلاف ما إذا وجد ميتةً وصيدًا حيًّا فإنه يأكل الميتة على الأصح ولا يقتل الصيد، فإن لم يجد ميتة فله قتله، وكذلك طعام الغير إذا وجده وصاحبه مستغن عنه وأبى أن يبيعه أو يهبه كان له أن يغصبه، فإن بذل بيعه بغبن تخير بين أن يغصبه أو يشتريه بالغبن، فإن اشتراه بغبن مختارًا لزمه المسمى، وكذا إن عجز عن غصبه على الأصح.

وكذلك إذا وجد مع الغير الثمن وامتنع من القرض، سواء وجد به طعامًا بثمن المثل أو أكثر، فإن له غصبه؛ لأنه يحفظ به روحه.

وتجوز له مقاتلته إذا امتنع، ولا يجب عليه ذلك كما لا يجب عليه الدفع عن نفسه على الأصح، وعليه قيمة ما اضطر من ملك الغير؛ لأنه أتلفه للدفع عن نفسه.

وله أيضًا قتل غير معصوم كالحربى والمرتد. وفى قتل ولد الحربى الصغير وقتل الزانى المحصن خلاف، الأصح له قتله. ويجوز التداوى بأكل النجس إذا كان المرض مخوفًا.

أما الموت منه أو الشين الفاحش إلا الخمر فإنه لا يجوز شربها للعطش؛ لأنها تزيد فيه ولا التداوى بها صرفا. وإن احترز بالصرف عما يخلط منها فى الأدوية فإنه يجوز لاستهلاكها فيه، وله قطع فلذة من فخذه ونحوه، إذا كان الخوف من ترك القطع والأكل أكثر، والرجاء حاصل بالقطع.

[وقوله فى الحاوى: «وتكره الجلالة باللبن...» إلى آخره - فيه أمور:

---

(١) فى ط: لم يؤخر.
(٢) فى ط: وكسب.

أحدها: قوله: «والكسب بمخامرة النجاسة» لم يرد كراهة الكسب نفسه فإن ذلك قد يكون مما لا بد منه، ولكن المراد كراهة أكل الحر مما اكتسب بها، فكأنه عبر بالمصدر عن اسم المفعول.

الثاني: قوله: «ويباح لخوف ومرض مخوف أكل الحرام» يرد عليه المسافر سفر المعصية، فإن الأصح: أنه لا يباح له أكل الميتة ونحوها؛ لأنه قادر على التوبة والرجوع عن قصده فيتوب، ويأكل.

الثالث: قوله: «لا معصوم وقطع فلذة منه» عطفه على المنفى قال شارحوه: فمقتضاه أنه لا يجوز له قطع فلذة من فخذ نفسه؛ لأنه معصوم، والأصح إذا كان قطعه لها وأكله إياها أرجى له - جاز قطعها ولم تجب لما فيه من الألم والمشقة.

الرابع: قوله: «والخمر للتداوى» أطلق تحريم الخمر على المضطر ولم يستثن إساغة اللقمة بها، فإنه يجوز بل يجب على المذهب.

الخامس: قوله: «والميتة أولى منه ومن الصيد المحرم» مقتضاه جواز أكل المغصوب والصيد للمحرم مع وجود الميتة لكنه خلاف الأولى، والأصح أنه لا يجوز له مع وجود الميتة أكل مال الغير ولا قتل المحرِم الصيدَ][1].

❊ ❊ ❊

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

المسابقة والمفاضلة

وقوله: باب: المسابقة[1] فى جنس متكافئ من خيل وإبل وفيل وبغل وحمار وبين ذين ومن مزراق وسهم وحجر رميًا وإجالة سيف بمال لسابق غاية بكتد[2] بعير وعنق فرس، وينقص فسكل لا سابق، ولو من بيت المال، لا منهما، إلا بمحلل يغنم كلا بلا غرم ولا لزوم ومطلقه للأول.

أى: اعلم أن اسم المسابقة هنا شامل لها وللمناضلة بالرمى، وقد قيل فى قوله تعالى: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ [يوسف: ١٧] أى: ننتضل، ذكره صاحب الصحاح وهى سنة.

كانت العضباء ناقة رسول الله ﷺ لا تسبق، فجاء أعرابى على قعود له فسبقها فقال ﷺ: «إن حقًا على الله ألا يرفع شيئًا من هذه القذرة إلا وضعه»[3]، وإنما تصح المسابقة فى جنس واحد، فلا تسابق بين فرس وبعير ولا بين حمار وفرس.

ويشترط أن يكون الجنس متكافئا، فلا تسابق بين فرس وفرس يقطع بأن أحدهما يسبق ولا يمكن سبقه إلا على ندور، بل يشترط أن يكون السبق فى كل منهما ممكنًا غير مستغرب ولا نادرًا.

ولا يضر اختلاف النوع فيسابق بين عراب الخيل وغير العراب، والبختى من الإبل وغير البختى، بخلاف الأجناس. نعم جوزوها بين الحمار والبغل على الأصح؛ لتقاربهما.

وكذلك المناضلة بالرمى ونحوه لا يكون إلا فى جنس؛ فلا يجوز بين السهام والمزاريق، وتجوز بين النبل والنشاب وبين المزاريق والزانات.

قال فى الجواهر: وهما نوعان من الحراب، فالزانات تكون مع الديلم لها رأس دقيق وحديدتها عريضة والمزاريق رماح قصار، وفيها طريقان: أحدهما: القطع بالجواز، والثانى: على وجهين، أصحهما الجواز.

وتجوز المسابقة على رمى الحجارة بالمقلاع واليد والمنجنيق، ولا تجوز على إشالتها.

وتجوز على إجالة السيف والرمح؛ لأنها تحتاج إلى حذق، وهى تعلم القتال، وإنما تمنع المسابقة بين الجنسين إذا عقد بمال، أما بلا مال فلا شك فى جواز ذلك ما لم يرتكب به محرمًا؛ كالمهارشة بالديوك، والمناطحة بالكباش.

وأما المسابقة على الأقدام والطيور والسباحة والزوارق والشطرنج والصولجان والمصارعة والمشابكة واللعب بالخاتم ونحوه: فكل ذلك مباح بلا عوض غير جائز

---

(١) ثبت فى حاشية أ: مصدر سابقة مسابقة، قال الأزهرى: النضاب النضال فى الرمى والرهان فى الخيل... وأعدوا لهم ما استطعتم ... والإجماع قال ... وهذا الكتاب لم يسبق الشافعى إلى تصنيفه.

(٢) ثبت فى حاشية أ: بكتد: بفتح التاء وكسرها، والفتح أفصح، وهو مجمع الكتفين وأصل العنق.

(٣) أخرجه البخارى (٢٨٧٢)، وأبو داود (٤٨٠٣)، والنسائى (٦/ ٢٢٧).

بالعوض.

والذى يعتد به فى السبق الكتد[١] - بفتح التاء وكسرها والفتح أفصح - وهو مجتمع الكتفين وأصل العنق وبأعناق الخيل، والعلة: أن الإبل ترفع أعناقها عند التسابق والخيل تمدها. فما مد عنقه فى المسابقة فله حكم الخيل، وما رفعها فله حكم الإبل، ولا تعتبر فى أعناق الخيل إلا المعتدل الوسط.

فإن طال عنق فرس اعتبر القدر المعتاد، ولا يعتبر السبق فى أثناء الغاية، بل عند انتهائها وتعيينها شرط كما سيأتى، حتى لو شرط الاعتداد بالسبق فى أثناء المدى لم يصح العقد.

وإذا شرط المال للسابق فمطلقه يقع على الأول وهو المجلى لا يشاركه من بعده، حتى لو كانوا عشرة وجاء واحد منهم بعد واحد كان السابق هو الأول، نعم إن شرطوا مشاركتهم فى المال جاز بشرط أن ينقص الفسكل وهو آخرهم فلا يفضل على السابق.

ويسمى السابق الأول: المجلى، ثم المصلى ثم المسلى ثم التالى، ثم العاطف، ثم المرتاح[٢]، ثم المرمل[٣]، ثم الحظى، ثم اللطيم، ثم السكيت ثم[٤] الفسكل. فإذا شرط مساواة الجميع ونقصان الفسكل وحده جاز على الأصح؛ لأن كلا منهم يجتهد ألا يكون فسكلًا والأولى أن يفضل الأول فالأول.

ولا يجوز أن يفضل الثانى على الأول والثالث على الثانى، فلو شرط للأول عشرة وللثانى ثمانية وللثالث تسعة، بطل فى حق الثالث وصح فى الأولين.

وإن بذل المال للسابق فجاء ثلاثة معًا وتخلف عنهم الباقون، أحرزوا السبق بالسوية.

ويجوز أن يكون المال المبذول من الأجنبى، ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال، ويجوز أن يكون من المتسابقين، فإن كان منهما وشرطا أن من سبق منهما أخذ المال، لم يجز إلا بمحلل؛ لأن هذا قمار، فلابد أن يكون بينهما محلل فرسه كفرسيهما إن سبق أخذ المال كله، وإن سبق غيره أخذ السابق؛ للحديث: «من أدخل فرسًا بين فرسين وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار، وإن لم يأمن أن يسبقهما فليس بقمار»[٥].

فعلم بهذا أن كونه قمارا إذا عدم الثالث أولى، وإن أخرجه أحدهما وشرط إن سبق صاحبه أخذه وإن سبقه هو أحرز مال نفسه، صح من غير محلل.

---

(١) فى أ: الكتد فى الإبل.
(٢) فى ط: المرباح.
(٣) فى أ: الموسل.
(٤) فى ط: وهو.
(٥) أخرجه أبو داود (٢٥٧٩، ٢٥٨٠).

ولو كانوا مائة وفيهم محلل واحد يأخذ إن سبق جميع ما أخرجوه، جاز، ويجوز أن يدخلوا محللين وثلاثة، فالمحلل يغنم، ولا يغرم ولا يلزم العقد فى حقه، بل يجوز إبدال غيره به، وقد بينا أن مطلق السبق يقع على الأول.

[وقوله فى الحاوى: «المسابقة فى جنس من الدابة» إلى قوله: «الغانم يغنم الكل بلا غرم» فيه أمور:

أحدها: قوله: «فى جنس من الدابة» وهو مشكل؛ لأن وضع اسم الدابة على الفرس والحمار والبغل، فإن أراد أن الجميع جنس يشمله اسم الدابة لم يستقم؛ لأنه لا يجوز المسابقة بين الحمار والفرس، وإن أراد أن الاسم جمع أجناسًا وهى الدابة المذكورة، وأنه لا تجوز المسابقة بينهما فالأصح خلافه، وهو جواز المسابقة بين البغل والحمار؛ كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الثانى: قوله: «والمزراق والزانة والسهم» فعدها أجناسًا كما ترى، والزانة والمزراق نوعان من الحراب كما سبق بيانه تجوز المناضلة بأحدهما والآخر.

الثالث: قوله: «والحجر»، قال ابن النحوى: كلامه يشمل الرمى باليد والمقلاع والمنجنيق، وإشالة الحجر باليد، ويسمى العلاج، والأكثر على المنع، وصحح بعضهم الجواز وإطلاق الحجر قد توهمه.

الرابع: قوله: «بمال ولو من بيت المال لغانم يغنم الكل بلا غرم»: أطلق اشتراط الغانم بلا غرم وذلك مخصوص بما إذا كان المال منهما، أما إذا كان من بيت المال أو من أجنبى فكلهم غانم بلا غرم][1].

وقوله: وشرط تعيين مركب أو وصفه و رام لا قوس، وعلم مبدأ، وغاية وبادئ فيختار الموقف، ونوبٍ، وتساوى عدد رماة ورمى وإصابة بوصف مسافة رمى وغرض وارتفاعه أو بعادة، وتنفسخ بموت مركب معين و رام، ويبدل بقوس مثله، ونفيه مفسد، وبه أجر مثل.

أى: لابد من تعيين المركوب؛ لأن المقصود[2] امتحانه ومعرفته بالسبق، ولا يشترط تعيين الراكب حتى لو مات العاقد قام وارثه مقامه.

والأصح: أن الوصف يقوم مقام التعيين إلا فى حال التلف، فإن تلف المعين[3]،

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: لا بد من نفس المركب المقصود.
(٣) فى أ: العين.

يقتضى فسخ العقد بخلاف الموصوف، هذا ذكره فى الروضة.

ويشترط تعيين الرامى ولا يكفى وصفه كما ذكره فى التعليقة، ولا يشترط[١] تعيين القوس على الأصح، قال فى الروضة:

ولو أطلقا[٢] المناضلة ولم يتعرضا لنوع فثلاثة أوجه:

الصحيح وقول الأكثرين الصحة؛ لأن الاعتماد على الرامى.

والثانى: المنع. والثالث: إن غلب نوع فى الموضع صح ونزل عليه، وإلا فباطل.

ويشترط علم المبدأ وهو الموقف الذى يبتدئان فى الجرى منه فى المسابقة[٣] والمناضلة، والغاية وهو الموضع الذى يجريان أو يرميان إليه.

ويشترط علم البادئ بالرمى؛ لأنه لابد من الترتيب فى الرمى، والبادئ به هو الذى يختار الموقف ويقف الرماة عن يمينه وشماله، قال فى الميمى: والقياس اشتراط تعيين البادئ فى كل نوبة. وقال فى الروضة: وهل يقدم فى كل رشق أم فى الرشق الأول فقط؟ فيه وجهان. انتهى. قال ابن الرفعة: المذكور فى تعليق القاضى حسين الأول: ويشترط معرفة النوب يعنى نوب الإرشاق إما أن يرموا سهمًا سهمًا، أو خمسة خمسة، أو أقل أو أكثر، أو يرمى العدد كله ثم الآخر كذلك.

ويشترط أن يتساوى عدد الرماة إذا تحزبوا حزبين، فلا يكون من جانب اثنان ومن جانب ثلاثة، وإن استوى عدد الرمى.

ويشترط أن يتساويا فى عدد الرمى، وأن يتساوى عدد الإصابة؛ فيكون رمى كل مثلا خمسين وإصابة عشرة.

فإن قال أحدهما: أنا أرمى عشرين وأصيب بعشرة، وارم أنت ثلاثين وأصب بعشرة أو عكسه - لم يجز.

وقد قدمنا أنه يشترط معرفة المبدأ والغاية، لكن فى الرمى إذا جرت عادة بمسافة الرماة اكتفى بها.

وكذلك يشترط معرفة مسافة الغرض وهى قدر سعته، ويشترط معرفة قدر ارتفاعه عن الأرض.

والغرض هو شن أو خشب ينصب فى الهدف الذى يرمى إليه، والهدف ما ينصب تحت

---

(١) فى أ: ويشترط.
(٢) فى أ: أطلقت.
(٣) فى ط: يبتدئان منه بالمسابقة.

الغرض، وقد يكون ترابًا ونحوه، وقد يجعل فى الشن دائرة أو تنقش، فإن شرط إصابة الدائرة والنقش أو الهدف اتبع الشرط.

وإذا مات المركوب المعين المعقود عليه انفسخ العقد لا الموصوف كما سبق بيانه. وينفسخ بموت كل واحد من المتراميين؛ لأنه كالأجير المعين لا بمرضه بل يؤخر الرمى.

وأما القوس إن لم تكن معينة، فله أن يحضر أى قوس شاء من عربية وغيرها على الأصح.

وإن عينت فله إبدالها أيضًا لكن بمثلها، ولا يجوز إبدالها بنوع آخر ولا بأشد منها. فلو شرط ألا يبدل بالمعينة فسد العقد؛ كما يفسد سائر الشروط الفاسدة.

وتجب بالمسابقة بعد العقد الفاسد أجرة المثل لمن سبق، وهو ما جرت به العادة لمن سبق فى تلك المسافة.

[وقوله فى الحاوى: «وتعيين المركب والرامى» إلى قوله: «وفى الفاسد أجر المثل» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وتعيين المركب والرامى أو وصفه» أخر لفظة: «أو وصفه»؛ فإن الوصف قائم مقام التعيين فى المركب والرامى، وليس كذلك، بل قائم به فى المركب فقط، أما الرامى فلا بد من تعيينه لما سبق بيانه.

الثانى: قوله: «الثانى ثانيا» هذا بحث الرافعى لم ينسبه إلى أحد فإنه لما ذكر أن الرامى يشترط، وذكر كلام الأصحاب الذى سبق - قال: ذلك أن نقول: إذا المقدم فى النوبة الأولى فينبغى أن يبتدئ التالى فى الثانية بلا قرعة أن يجزم المصنف بما أخرجه بحثا.

الثالث: قوله: «وتنفسخ بموت الرامى والراكب» أما الفسخ بموت الراكب فليس على إطلاقه بل ذلك إذا عين، أما إذا وصف قال الرافعى والنووى: إذا عقد على الوصف، وأحضر مثله فينبغى ألا ينفسخ العقد بهلاكه.

الرابع: قوله: «ومعين القوس العادة، ثم التوافق»، ثم يفسد اشتراط تعيين القوس؛ إما بالعادة أو بالتوافق، وقد بينا فيما سبق أن تعيين القوس لا يشترط سواء كان هناك عادة أم لا][1].

وقوله: وجاز مغالاة وبشرط عد قريب وجدد حيث لا عادة وإسقاطه بأقرب ومركز

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وجاز بمال لرام على إصابات من عدد، لا عنه، وعن غيره، لا لحط فضله.

أى: وجاز أن يناضل مغالاة، وهو أن يرميا، فمن جاوز رميه رمى الثانى فهو ناضل، وهو بالفارسية: البرتاب؛ لأن الإبعاد مقصود فى الرمى إلى البعيد، والإرعاب للعدو، وتمتحن به الساعد.

ويجوز أن يحسب القريب من الغرض إصابة إذا كان القرب عرف معتاد من ذراع وغيره، فإن لم تكن عادة وجب أن يحدد القرب.

فإن لم يفصلا فسد العقد، وجاز أن يسقط القريب بالأقرب أو إسقاط ما وقع فى جوانب الغرض بما وقع فى المركز[١].

فلو قالا: نرمى خمسين سهما على أن يسقط الأقرب الأبعد، فمن فضل له خمسة فهو ناضل؛ جاز.

وجاز بذل المال لرام على أن يصيب عددًا معلوما من عدد معلوم مثل أن يقول: ارم عشرة، فإن أصبت منها بخمسة فلك على كذا، ففعل - لزمه. وهذا جعالة لا مناضلة.

وكذا لو قال: فإن كانت إصابتك من العشرة أكثر من خطاياك فلك كذا.

وكذا لو قال لاثنين فأكثر: ارميا أو ارموا، فمن كانت إصابته من العشرين أكثر حاز المال.

ولو قال: ارم عشرة عنى وعشرة عنك أو عشرة عن زيد وعشرة عن نفسك، فإن كانت إصابتك عن نفسك أكثر من إصابتك عنى أو بالعكس فلك كذا - لم يجز؛ لما فيه من تولى طرفى العقد ومن التهمة فى حيازة المال.

وكذا لا يجوز بذل المال لحط الفضل، فلو ترامى اثنان ففضل أحدهما صاحبه فى أثناء الرمى، فقال: خذ منى كذا، وحط عنى ما فضل لك حتى تساوى ويتم الرمى، فمن فضل أخذ المال - لم يجز؛ لأن الحط لا يقابل بمال.

وقوله: والإصابة قرع نصل ثم خزق وبثبوته خسق، وإن خرم ثم مرق، وأجزأ كل، لا عما بعده، ولرجاء أتم مسبوق بمحاطة، وغير مساو، وبمبادرة، وبقاصف لغو، وبعارضه، وماش حسب له ككسر قوس وبإساءته له وعليه كصدم بثابت.

أى: وإذا تناضلا على الإصابة حملت على القرع بالنصل، فإذا أصاب به كفى، سواء خزق[٢] أم لا، والخزق[٣] وهو أن يثقب النصل فى الغرض ولا يثبت فيه، فإن ثبت فيه فهو

---

(١) فى أ: من مركزه.
(٢) فى ط: خرق.
(٣) فى ط: الخرق.

الخسق، وإن أصاب بعرض السهم أو بفوقه لم يحسب؛ لأنه يدل على سوء الرمى وإن أصاب بالنصل فانكسر حسب له ويحسب له ما أصاب الجلد والجريد المدار حواليه والعروة؛ لأن كله من الغرض.

ولو شرط الخزق لم يكف القرع، أو الخسق لم يكف الخزق على الأصح أو المرق لم يكف الخسق؛ ويجزئ المرق عن الخسق على المنصوص، والخسق عن الخزق والكل عن الإصابة، وإن أصاب طرفه فخرمه وثبت فيه فهو خاسق.

واعلم أن المناضلة نوعان: مبادرة ومحاطة، فالمبادرة هى الغالب ويحمل عليها العقد المطلق، وهى أن يشترط الاستحقاق(١) لمن يسبق [إلى إصابة عدد من عدد أكثر منه، فإذا شرطا إصابة خمسة من عشرين، فسبق أحدهما إلى](٢) إصابة الخمسة دون الآخر فهو المناضل.

ولو تناضلا محاطة وهو أن يعقدا على أن يرميا مائة مثلا ثم يحط المتساوى من الإصابة ومن فضل له بعد ذلك عدد عيناه كخمسة أو عشرة فهو الناضل، ومعنى كلام الأصل: أنه إذا وصل أحدهما فى أثناء الرمى فى المحاطة، فما دام يرجو النفع فإنهما يتمان النوب.

فإذا تناضلا على خلوص عشرة من مائة فى المحاطة فرمى كل واحد خمسين وأصاب أحدهما بخمسة عشر والآخر بخمسة، فقد خلص لأحدهما عشرة، لكن لا يستحق شيئًا حتى يتما النوب الباقية؛ لأنه قد يصيب ما ينتفع به.

ولو تناضلا على خلوص خمسة من عشرين فرميا خمسة عشر فأصاب أحدهما بعشرة والآخر ثلاثة، تعين الإتمام، فربما يخطئ المصيب فى النوب ويصيب الآخر فيها فلا تخلص الخمسة لأحدهما.

فلو رميا فى هذه الصورة الخمسة عشر وأصاب أحدهما بعشرة ولم يصب الآخر بشىء(٣) منها، لم يتما العمل؛ لأنه لا يرجو دفعًا عن نفسه.

وإذا تناضلا مبادرة إلى عشرة من مائة فرمى أحدهما خمسين وأصاب بعشرة، ورمى الآخر تسعة وأربعين وأصاب بتسعة - فإنه يتم الرمية الباقية من الخمسين؛ لأنه ربما يصيب بها فلا يكون الأول مبادرًا إلى عشرة، ولو رمى الآخر فى هذه الصورة تسعة وأربعين وأصاب بثمانية، لم يتما الرمى؛ لأنه إذا رمى واحدة استويا فى الرمى، وقد سبقه إلى إصابة عشرة فلا فائدة فى الإتمام، وهذا معنى كلامه: وغير مساو بمبادرة فباستواء الرمى وسبق

(١) فى أ: الاستباق.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: فى شىء.

أحدهما إلى المشروط بفضل[١] صاحبه. وإذا رمى مقارنًا للريح العاصف، فالأصح أنه يلغو فلا يحسب له ولا عليه.

وإن رمى ولا ريح فعرض العاصف، حسب له إن أصاب، ولا يحسب عليه إن أخطأ، وكذا إذا عرض شيء آخر من دابة ونحوه تحسب له الإصابة ولا يحسب عليه الخطأ.

وأما الريح اللينة فلا أثر لها؛ لأن الجو لا يخلو منها.

وإن انكسر القوس أو انقطع الوتر أو انكسر السهم، نظرت: فإن كان ذلك لضعف القوس ونحوه فمعذور، ولا يحسب عليه ويحسب له [على الأصح وإن كان ذلك بإساءته وتقصيره حسب عليه وله][٢].

وكذلك إن انصدم بثابت كشجرة وكالسهم المزدلف[٣] الذى صدمته الأرض، فإنه يحسب له وعليه أيضًا.

[وقوله فى الحاوى: «والخسق الخزق . . .» إلى آخره فيه أمور:

أحدها: قوله: «والخسق الخزق» لم يشترط الثبوت فيه بل سوى بين الثبوت وعدمه، وهو وجه والأصح اشتراطه؛ كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الثانى: قوله: «والخسق الخزق ولو ببعض الطرق، أو ثبت فى ثقبه» أطلق كون ثبوته فى البقية يعد خسقا، وذلك بشرط أن يكون فى قوة السهم بخرق الغرض لو لم يكن هناك بقية.

الثالث: قوله: «وإن أصاب المشروط فى المحاطة»، ثم أطلق كونه يتم، وليس على إطلاقه بل ذلك إذا كان يرجو لتمام الدفع عن نفسه وإلا فلا يتم العمل، ويستحق الناضل المال من الآن.

الرابع: قوله: «وإن انكسر قوس بإساءته يحسب عليه، وله» سكت عما إذا انكسر بغير إساءته، والأصح: أنه يحسب له.

الخامس: قوله: «لا إن عرض عاصف» سكت عما إذا قارن، والأصح فى «العزيز» و«الروضة» أن تلغو ولا يحسب عليه ولا له؛ لكن كلامهم مشكل][٤].

* * *

(١) فى أ: بنضل.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: المزدلق.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الأيمان

وقوله: باب: اليمين تحقيق أمر غير ثابت باسم خاص لله تعالى، ولا يدين كوالله والرحمن، أو غالب بلا صارف كوالرحيم والخالق والرازق والبارى والحق والرب، أو صفة كوعظمته وعزته وحقه وكلامه وعلمه ومشيئته، كأحلف وأقسم، أو كناية الله بلا واو أو باء أو تاء وبله وكالحكيم والحى، ولعمر وايم الله وأقسمت عليك وأشهد وأعزم بالله.

أى: اليمين الموجبة للكفارة هى أن يقصد بها تحقيق شىء غير معلوم الثبوت ماضيًا كان أو مستقبلا منفيًا كان أو مثبتًا ممكنًا كان أو ممتنعًا؛ فالممكن كقوله: والله لقد فعلت أو والله لأفعلن غدا[1]، والممتنع: والله لأصعدن السماء ولأقتلن زيدًا الميت.

فكل هذا تنعقد يمينه فيه؛ لأن كل ذلك غير متحقق الثبوت، بخلاف ما إذا حلف ألا يصعد السماء ولا يقتل الميت فإنه لا تنعقد فيه يمينه؛ لأن ثبوت ذلك متحقق والحنث[2] غير متصور[3] فلا يحصل هتك لحرمة اليمين.

ويخرج منه[4] لغو اليمين؛ لأنه لا يقصد بها تحقيق شىء.

وإنما تنعقد اليمين باسم الله تعالى لا باسم نبى ولا بقوله: إن فعلت كذا فأنا يهودى ونحوه.

فإن كان الاسم خاصًا به تعالى؛ كقوله: والله والرحمن ومثله كل ما يفهم ذات البارى سبحانه وتعالى ولا يحتمل غيره، مفردًا كان أو غير مفرد كورب العالمين، والذى أعبده وأسجد وأصلى له - فتنعقد يمينه، ولا يدين فى ذلك إذا قال: لم أرد بذلك اليمين.

وإن كان اختصاصه بالله غالبًا كوالرحيم ونحو ما ذكر من الصفات، فهذه إذا أطلق اليمين بها فهو كما لو أراد اسم الله تعالى تنعقد يمينه.

وإن صرفها إلى غير اسمه تعالى وأراد المخلوق، لم تنعقد يمينه.

وكما إذا قال: أردت بالقدرة المقدور وبالعلم المعلوم، وكذا إذا قال: والقرآن وأراد الخطبة أو الصلاة، أو حلف بالمصحف وأراد الورق أو الجلد لم تنعقد يمينه وإلا انعقدت.

فإن[5] من قال: والمصحف لا يريد فى العرف إلا القرآن المكتوب فيه.

---

(١) فى أ: هذا.
(٢) فى ط: الحدث.
(٣) فى ط: مقصود.
(٤) فى أ: معه.
(٥) فى ط: قال.

وأما أحلف وأقسم فهما مثالان لصيغة اليمين، فإذا قال: أحلف بالله أو أقسم بالله أو حلفت أو آليت بالله، وأراد إنشاء اليمين - كان يمينًا.

وكذا إن أطلق، وإن أراد الإخبار عن ماضٍ أو مستقبل لم تنعقد. والكناية هى ما لا تنعقد به اليمين إلا بالنية؛ نحو قوله: الله بغير حرف قسم، وحروفه الباء والواو والتاء، وسواء خفض الاسم أو رفعه أو نصبه؛ لما فى حديث ركانة رضى الله عنه: «الله ما أردت إلا واحدة» روى بالرفع والخفض، وجاز النصب فى مثله على تقدير، ويفهم منه أنه مع أحد هذه الحروف يكون صريحًا فى اليمين، سواء أعرب فخفض أو لحن فرفع أو نصب؛ لأن اللحن لا يمنع انعقاد اليمين.

نعم لو قال: أردت بقولى بالله وثقت أو اعتصمت ونحوه ثم ابتدأت بقوله لأفعلن، فالمذهب كما قاله فى الروضة: أنه يصدق ولا تنعقد يمينه. وأما بِلّه بحذف الألف فإنه كناية؛ قال الرافعى: كذا حكى عن الجوينى، ويحمل حذف الألف على اللحن.

وأما النووى فقال فى الروضة: ينبغى ألا تكون هذه الكلمة يمينًا؛ لأنها ليست باسم الله ولا صفة، قال: ولا نسلم أن هذا لحن بل كلمة أخرى.

وقال ابن الصلاح: ليس هو لحنا بل لغة حكاها الزجاجى، وهى سائغة؛ فينبغى أن يجعل يمينًا عند الإطلاق.

وأما لعمر الله وايم الله - بقطع الهمزة ووصلها - وأشهد بالله وأعزم بالله، فإن[1] ذلك جميعه كناية فإن نوى اليمين فهو يمين.

ولو اقتصر على أشهد وأعزم ولم يقل: بالله، لم يكن يمينًا وإن نوى؛ لأن اليمين لا يكون بغير الله تعالى، وإن أراد بأقسم عليك أو أعزم عليك بالله يمين نفسه، فهو يمين.

وكذا أسألك بالله، وإن أراد الشفاعة، أو عقد اليمين للمخاطب، أو أطلق ولم ينو شيئًا - لم تنعقد يمينًا.

وإذا أقسم عليه بالله وحكمنا بانعقاد اليمين، استحب للمقسم عليه أن يبر قسمه إذا لم يكن هناك مفسدة.

والحلف بالأسماء المشتركة كناية على الأصح، وهى ما تقع على الخالق والمخلوق على السواء؛ كالحى والمؤمن والحكيم والحليم، إن نوى الله تعالى فهو يمين وإلا فلا، وقيل: لا تنعقد وإن نوى.

---

(١) فى أ: قال.

[وقوله في الحاوى: «والغالب وصفته بلا نية غير» إلى قوله: «وأشهد وأعزم بأنه» فيه أمور:

أحدها: أنه عد الحكيم العليم من الغالبة، وتبع فيه الغزالى، وقال فى الروضة: والسميع، والبصير، والحكيم، والعليم من هذا النوع لا من الثانى على الأصح، يعنى: أنه النوع الثالث المشترك لا من الثانى، وهو الغالب.

الثاني: قوله: «أو عليك» فجعل أقسمت عليك بالله؛ كأقسمت بالله فى كونها يمينًا عند الإطلاق، وليس كذلك بل يحمل على الشفاعة كما ذكره فى الروضة.

الثالث: أنه لم يعد من الكناية به الأسماء المشتركة بين الخالق والمخلوق على السواء كالحى، والموجود، وهو وجه اختاره الرافعى، والأصح: أنه كناية، إن نوى به اسم الله تعالى، فهو يمين، وإلا فلا؛ كما صححه النووى، وقع به فى «التنبية»، «والمهذب» وصاحب التهذيب والجرجانى، وغيرهم من العراقيين][1].

كفارة اليمين

وقوله: فيكفر إن امتنع بر كقتل ميت، أو حنث كلا أكلمك فقم أو لأقضين حقك أو إلى حين فتمكن ومات، أو أحدهما فى لأقضينك أو رأس الشهر فتقدم عن هلاله أو تأخر، أو لا أساكنك فمكثا لبناء لا إن انفرد ببيت بخان أو بدار كبيرة ولكل باب وغلق أو بحجرة بمرافق وإن اتحد ممره.

أى: فتجب باليمين المذكورة الكفارة، وذلك إذا كانت اليمين ممتنعة البر؛ كما إذا حلف: ليقتلن زيدًا الميت، أو ليشربن ماء هذا البحر، أو ليصعدن السماء، أو ليشربن ماء الإداوة ولا ماء فيها، فإن الكفارة تجب بتمام اليمين؛ لتعذر البر فيها وحيث يتصور البر لا تجب إلا إذا حنث.

فإذا قال: والله لا أكلمك فقم أو تنح عنى، حنث؛ لأنه كلمه بعد انعقاد اليمين، وكذلك إذا حلف: لأقضين حقك فتمكن ومات، فإنه يحنث بالموت ولا يحنث ما دام حيًا؛ لأنه لم يعين وقتًا.

وكذلك إذا قال: لأقضين حقك إلى حين، فالحين لا يتعين، وهو يقع على القليل والكثير من الزمان، فجميع العمر له مهلة، فيكون كما لو أطلق إن تمكن حنث بموته وإلا فلا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإن خاطبه فقال: لأقضينك حقك، حنث بموت أحدهما؛ لأنه يتعين الحنث بذلك بخلاف قوله: لأقضين حقك؛ لإمكان قضاء حقه إلى وارثه، فإذا حلف: ليقضينه حقه رأس الشهر أو مع الشهر، فإنه يحنث إذا لم يقارن الهلال بقضاء حقه.

فإن قدمه عليه أو أخره عنه، حنث؛ فينبغى أن يتهيأ له قبل الغروب، فإن شرع حال الرؤية فى القضاء عذر إلى امتداد مدة الكيل والوزن، وقيل له: فسخه تلك الليلة بذلك اليوم.

وإذا حلف لا يساكنه فالمساكنة أن يكونا فى بيت واحد أو بيتين من دار صغيرة:

فإن أقاما فى الدار شارعين فى بناء حائل بينهما حنث؛ لأن الوقوف مدة البناء مساكنة.

فإذا انفرد كل منهما ببيت نظرت: فإن كانا فى خان فلا مساكنة صغيرًا كان الخان أو كبيرًا؛ لأن الخان يبنى لسكنى جماعة فتعد بيوته مساكن مختلفة.

وإن كانا فى دار نظرت: فإن كانت واسعة ولكل بيت باب وغلق فلا مساكنة، وإن لم يكونا كذلك كما إذا كانت الدار صغيرة فالمساكنة حاصلة، وإن كان لكل باب وغلق، وإن كان أحدهما فى حجرة من الدار كاملة المرافق من المستحم والمطبخ والمرقى ونحوها - فلا مساكنة سواء أكان ممرها فى الدار أم لا.

وقوله: أو أفعل غدًا ففوت، أو تمكن ففات، أو إلا أن يشاء زيد فمات وشك لا فى تثاقل عثكال، أو لا أفارقك فتماشيا ووقف واحد منهم أو عدا هو لا الآخر ولو بإذن، أو لا تفارقنى فبالعكس، أو لا آكل سمنًا أو خلًّا فبعصيدة وسكباج إن ظهرتا، وخبز وجامدًا أو ذا السمك لضب أو بيضًا وآكل ذا لبيض حنث لا به فى ناطف.

أى: وإذا قال: والله لآكلن غدًا هذا الطعام مثلاً، فأتلفه قبل الغد أو بعضه بأكل أو غيره - فإنه يحنث، وكذا لو حلف: ليطلقن امرأته، أو ليقضينه حقه غدًا، فطلق أو قضى قبله.

وهل يحنث من الآن أو بعد مجىء الغد؟ وجهان قطع ابن كج بالثانى.

وفائدة الخلاف: أنه لو كان ممن يكفر بالصوم، جاز أن ينوى صوم الغد عن كفارته إذا قلنا يحنث قبله، وإلا فلا؛ لأن التكفير بالصوم لا يقدم[1] على الحنث، وإن لم يفوته لكن جاء الغد وتمكن من فعله فلم يفعل حنث، وإن لم يتمكن من فعله لم يحنث.

وإن تلف أو أتلفه أجنبى قبل مجىء الغد، فعلى قولى الإكراه، والأظهر: عدم الحنث.

وإذا قال: لأفعلن كذا اليوم إلا أن يشاء زيد أن لا أفعل - نظرت: فإن فعل المحلوف

---

(١) فى أ: يقع.

عليه فى ذلك اليوم بر سواء شاء زيد أم لم يشأ. وإن لم يفعل لكن شاء زيد ألا يفعل فكذلك وإن شاء فعله حنث.

وإن مات زيد وشك هل شاء أم لا؟ حنث؛ لأن الأصل عدم مشيئته، لكن صاحب التعليقة جعل هذه المسألة والتى قبلها معطوفة على النفى، وأنهما من صور عدم الحنث، وغلطوه فى ذلك وهو قول، الأصح خلافه.

ولو حلف: ليضربنه مائة، فأخذ عثكالًا عليه مائة شمراخ فضربه به: فإن انكسر بعضه على بعض وتحقق أن ثقل الجميع ناله بر، وإن شك فكذلك على الأصح.

ونقل النووى عن الدارمى وابن الصباغ أن المنصوص محمول على ما إذا غلب على ظنه أن ثقل الجميع ناله وإلا فيحنث، واستحسنه، لكن قال: الأول أصح، فإن حلف: ليضربنه مائة مرة أو ضربة، لم يكف الضرب بالمجموع، بل لابد من التعدد، وإن قال: مائة عود كفاه العثكال، أو مائة سوط لم يبرأ بالعثكال بل بالسياط المجموعة.

وإذا حلف لا يقاتل غريمه حتى يستوفى منه حنث إن فارقه لا إن فارقه الغريم، فلو تماشيا فوقف أحدهما حنث؛ لأنه إن مشى ووقف غريمه فقد فارقه الغريم. وإن وقف هو فقد أحدث المفارقة بوقوفه، فإن عدا هو فقد فارق الغريم فإن فارقه مكرهًا فيحنث، بخلاف ما إذا عدا الغريم ولو بالإذن؛ لأنه المفارق، فهو كما لو كانا واقفين فمشى الغريم.

فإن فارقه مكرهًا لم يحنث، أو لا تفارقنى فالحنث بمفارقة الغريم له لا لمفارقته هو، والعبرة بإكراه الغريم، فإن فارقه الغريم مكرهًا لم يحنث أو مختارًا حنث، وإن أكره الحالف.

ولم يتعرض فى الحاوى لهذه المسألة، والمعتبر المفارقة المشروطة فى المتبايعين.

فإن قال: والله لافترقنا، حنث بمفارقة أحدهما.

وإذا حلف: لا يأكل السمن أو لا يأكل الخل، لم يحنث بشربه، فإن جمد السمن أو انعقد الخل فأكله وحده حنث، وإن أكلهما بخبز حنث على الصحيح.

وكذا لو جعل الخل فى سكباج وأكل منه والخل ظاهر فيه بجرمه بأن يأكل المرقة وهى حامضة أو أكل السمن فى عصيدة وظهر جرمه فكذلك.

وأما إذا استهلك السمن فى العصيدة أو الخل فى السكباج فأكل [منه][1]، لم يحنث؛

---

(١) فى أ: مرقته حامضة.

كما قاله الرافعى والنووى فى الروضة.

وكذا إذا أشار إلى ضب وقال: والله لا أكلت هذا السمك، ثم أكل الضب - حنث؛ تغليبًا للإشارة.

وهذا إذا لم يتغير الاسم بتغير الحال، أما إذا حلف لا يأكل لحم هذه السخلة فكبرت وصارت شاة، فإنه لا يحنث وسيأتى ذلك.

وإذا حلف لا يأكل البيض، ثم أشار إلى بيض وقال: والله لآكلن هذا ولم يسمه، فالمشار إليه إن أكله حنث، وإن تركه حنث، فطريقه أن يجعله فى ناطف، والناطف هو القباط، ويأكله جميعه فيخلص، ويكون قد أكله ولم يأكل البيض، أما إذا سماه وقال: لآكلن هذا البيض فعمله ناطفًا وأكله، فإنه لا يبرأ بذلك على الأصح كما سيأتى نظيره.

[وقوله فى الحاوى: «أو أقضى حقك رأس الشهر» إلى قوله: «لا فى تثاقل العثكال» فيه أمور:

أحدها: قوله: «فمات لا آخر بالتنكير» لا يخفى ما فيه ومراده الآخر وقد استعمله فى مواضع؛ كما فى المسألة عقيبها.

الثانى: قوله: «ولا أفارقك، وتماشيا فوقف واحدًا لا إن فارق آخر» أنكر القونوى وابن النحوى على صاحب التعليقة حيث قال: أراد أن يفارقه فراق فرار، وقال: لا حاجة إلى ذلك، وليس كما قالا، بل لابد منه؛ لأن المسألة مفروضة فيما إذا قال: لا أفارقك وتماشيا فلا يمكن المفارقة إلا بوقوف أحدهما، أو عدوه وفراره، فقد بيَّن حكم وقوف أحدهما ومشى الآخر؛ بأن كلا منهما مفارق.

وأما العدو والفرار والمفارقة هو من عدا لا غير ومن المفارقة بالعدو حال المشى يفهم المفارقة بالشىء حالة الوقوف، ولم يتعرض لذلك.

الثالث: قوله: «ولا آكل السمن أو الخل ففى عصيدة وسكباج أو بخبز» قد يوهم قوله: «ففى عصيدة أو بخبز الحصر»، وإنه إنما يؤكل لذلك، لكن الجامد منه يسمى مأكولًا كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الرابع: قوله: «وظهر أثره الذى» صرح به فى «العزيز» و«الروضة» أنه لابد من ظهور حرمة، فالأثر كالحموضة والرائحة فلا يكفى][1].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

خصال الكفارة

وقوله: وبعتق لا من مبعض أو تمليك عشرة مساكين كلٍّ مدًا أو كسوة ولو سراويل طفل لرجل وعتيقًا قويًا، غير مخرق وحريرًا لا درعًا وقلنسوة وخفًا ومنطقة، ثم صوم ثلاثة لمعسر وقن، ولسيد منع لوطء أو تضرر لا إن حنث بإذن وتكفير عنه ميتًا لا بعتق.

أي: ويكفر الحر لا المبعض بعتق فقوله: بعتق متعلق بقوله: أو لا فيكفر، شرع فى بيان كفارة اليمين.

ولا بد من النية فى كل كفارة، وتكفى نية الكفارة من غير تعرض للوجوب؛ لأن الكفارة لا تكون إلا واجبة ولا عكس.

ويجب أن يقرنها بالإعتاق أو الإطعام، ويجب تبييت النية للصوم، وتكفى النية عند تعليق العتق عن الكفارة.

واعلم أن فى كفارة اليمين التخيير ابتداء والترتيب انتهاء، فيتخير بين الإعتاق والإطعام والكسوة، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام، وهذا فيمن يملك.

أما الرقيق فلا يكفر إلا بالصوم، ولا يجوز للمبعض - وهو من بعضه حر وبعضه رقيق - إذا كان موسرًا أن يكفر بالصوم على الأصح، بل يطعم أو يكسو، وليس له أن يعتق على المذهب؛ لأنه ليس أهلاً للولاء.

[والمكاتب يكفر بالصوم كالقن، فإن أذن له السيد فى الإطعام، أو الكسوة فعلى الخلاف فى تبرعاته بالإذن، والأصح الجواز، ولكنه لا يعتق لما ذكرنا من أن الرقيق ليس أهلاً للولاء][1].

وإذا لم يجز للمبعض فلأن لا يجوز للمكاتب أولى.

وإذا شاء الحر أن يعتق أعتق رقبة مؤمنة كما فى سائر الكفارات، وإن شاء أن يطعم ملك كل واحد من المساكين مدًا من الطعام على الصفة المذكورة فى الكفارات، وإن شاء أن يكسو ملك كل واحد منهم ما يسمى كسوة ثوبًا واحدًا من إزار أو برد أو قميص أو سراويل أو عمامة أو مقنعة، وسواء كانت من قطن أو كتان أو صوف أو حرير، ولو كانوا فى بلاد وكسوتهم الجلود - أجزأه، وسواء صرف كسوة الرجل إلى المرأة أو عكسه.

وتجزئ كسوة الصغير للكبير. ولا يشترط الجديد، بل يجوز صرف العتيق إذا كان قويًا لا قريب الانمحاق، ولا يجزئ المخرق؛ لأنه معيب. ويجوز إعطاء الكرباس والمنديل.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ولا يجزئ درع الحديد ونحوه من آلات الحرب؛ لأنها لا تسمى كسوة، وإن كانت ملبوسًا يوجب الفدية على المحرم.

وكذا لا تجزئ القلنسوة والمداس والمنطقة والخف والتبان، ويجزئ القميص من اللبد. فإن كان معسرًا صام ثلاثة أيام ولو متفرقة. والمراد بالمعسر من جوزنا له الأخذ من سهم الفقراء أو المساكين فى الزكاة. وللسيد منع العبد من صوم الكفارة إذا كان يضعفه عن الخدمة، وهذا إذا حنث بغير إذنه. فإن حنث بإذنه لم يكن له منعه، وله منع أمة موطوءة حنثت بلا إذن لأنه يمنعه الاستمتاع بها، وإن لم تكن موطوءة فهى كالعبد.

وإذا مات العبد وعليه كفارة، فللسيد أن يصوم عنه على الأصح، وله أن يطعم ويكسو عنه أيضًا.

وإنما منعناه فى حياته؛ لأنه إذا كفر عنه بهما، تضمن ذلك دخولهما فى ملكه، وليس هو من أهل الملك والتكفير عن الميت لا يتضمن ذلك؛ لأنه ليس للميت ملك محقق، ولا يجوز أن يعتق عنه لإشكال أمر الولاء.

[وقوله فى الحاوى: «لعتق لآخر البعض» اكتفى به عن المكاتب ليفهم أن المكاتب أولى؛ لعدم نفوذ العتق منه بإذن السيد وقد صرح الأصحاب بأن الأصح عدم نفوذه.

وقال فى «العزيز» و«الروضة» فى باب الكتابة: إنه المذهب وصححه فى البيان وغيره، وقطع به بعضهم، لكن أورد القونوى وابن النحوى كلامًا ذكره فى «الروضة» هنا.

قال: ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن سيده وصححنا تبرعاته بإذن سيده قال الصيدلانى الذى ذكره الأصحاب: أنه تبرأ ذمته عن الكفارة وعندى أن الأمر موقوف فقد يعجز ويرق فيكون الولاء موقوفا فوجب التوقف فى الكفارة. انتهى، ومقتضى هذا البناء أن الأصح صحة إعتاقه أو الوقف، كما ذكره الصيدلانى، وهو مخالف للمنقول، ولعل البناء على قولنا يصح إعتاقه بإذن سيده فتكون براءة ذمته موقوفة.

الثانى: قوله: «لا مخرق وقريب انمحاق ودرع» المراد الدرع من الحديد؛ كما قاله القونوى وغيره.

قال ابن النحوى فى شرحه: أى: وهو القميص الذى لا كم له إذ لا يسمى كسوة، وهو وهم، وذلك؛ لأن المنديل الذى يحمل فى اليد يجزئ وهو يسمى كسوة فما ظنك بقميص ستر البدن كله إلا اليدين بل هو أستر من الإزار.

الثالث: قوله: «وللسيد منعه كالجارية» يفهم أن له منع الجارية مطلقا، وليس كذلك بل ذلك فى الموطوءة التى يمتنع استمتاعه بها بصومها وإلا فلا يحل له منعها كالعبد إلا إذا

أضعفها عن الخدمة.

الرابع: قوله: «إن امتنع خدمته» لا يشترط أن يمنعه الخدمة بل إذا أدى الصوم أن يضعف فيها أو فيه كفى.

الخامس: قوله: «إن امتنع خدمته أو حنث لا بإذنه» فجعل امتناع الخدمة مجوزًا لمنعه من الصوم، وإن لم يمتنع به خدمته، وليس كذلك بل لا يمنعه إلا إذا حنث بغير إذنه وضعف بالصوم عن الخدمة، أما إذا حنث بإذنه فليس له منعه مطلقا، فلو حذف الألف من قوله: «أو حنث» لزال الإشكال][1].

وقوله: وقدم غير صوم على حنث لا شرط كالظهار وحنث فى صوم وصلاة بشروع وإن أفسد وحج ولو فاسدًا، وفى دخول دار بدهليز ومن سطح لا صعوده، ولو حمل بإذن لا سكوت، وفى ركوب ولبس وقيام وقعود واستقبال باستدامة، لا تزوج وتطهر وتطيب ودخول وخروج.

أى: ويجوز لمن انعقدت يمينه أن يكفر قبل الحنث بالعتق أو الإطعام أو الكسوة، ولا يجوز تقديم الصوم على الحنث؛ لأنه لا ينتقل إليه إلا بعد العجز، ولا يتحقق العجز قبل الحنث، وسواء كان الحنث معصية أم لا؛ كما لو حلف ألا يزنى فإنه يجوز تقديم الكفارة، وقيل: لا يجوز، والأصح جوازه؛ لأن التكفير لا يتعلق به استباحة ولا تحريم. ولو أعتق عن الكفارة عبدًا فارتد ومات قبل الحنث، لم يجزه وضمن كما فى تعجيل الزكاة، ولا يجوز تقديم الكفارة على الشروط[2]، فإذا قال: إن دخلت الدار فوالله لا أكلمك، فلا يجوز تقديم الكفارة قبل الدخول[3]؛ لأن اليمين لم تنعقد.

وكذلك فى الظهار إذا قال: إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى، لا يجوز تقديم الكفارة قبل الدخول، وقيل: يجوز، والعود فى الظهار كالحنث فى اليمين، ولا يتصور التكفير قبل العود إلا فى الرجعية[4]. فإذا طلق قبل الظهار طلاقًا رجعيًّا أو طلقها قبل العود طلقها رجعيًّا ثم أراد الرجعة، فإن له أن يكفر ثم يراجع وتكون الرجعة هى العودة.

وأما إذا ظاهر وأعتق عقيبه، فليس هذا تكفيرًا قبل العود بل معه.

وإذا حلف لا يصلى أو لا يصوم أو لا يحج، حنث بالشروع فيها، فإذا أحرم بالصلاة

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: الشرط.
(٣) فى أ: دخول الدار.
(٤) فى أ: حق الرجعية.

حنث.

وكذا إذا نوى الصيام وأصبح؛ لأنه[١] حين يصبح ناويًا ينعقد صومه، وفى صيام النفل ينعقد بنيته قبل الزوال، وإن فسد[٢] ذلك كله.

وكذا الحج وإن انعقد فاسدًا، وسيأتى تصويره قريبًا.

وإذا حلف لا يدخل الدار حنث بمجاوزة الباب؛ لحصوله فى دهليزها. ولا أثر للطاق قبل الباب.

ويحنث بدخولها من غير الباب فلو صعد إلى سطحها ونزل إليها منه حنث، ولو وقف على السطح لم يحنث وإن كان محوطًا، إلا إذا كان فيه جانب مسقوف[٣] فإنه يصير طبقة أخرى من الذكر فيحنث بصعوده، وسواء دخلها بنفسه أو محمولا بإذنه، لا إن حمل بغير إذنه فسكت وإن كان قادرًا على الامتناع على الصحيح؛ لأنه لم يوجد منه دخول.

ولا يكفى إدخال يديه أو رجليه دونه، فإن اعتمد عليهما فيه حنث، ولو تعلق بشجرة وأحاط به بنيان الدار، حنث وإن لم يصل الأرض.

وإن حلف: لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، أو لا ألبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يقوم وهو قائم، أو لا يقعد وهو قاعد، أو لا يستقبل القبلة وهو مستقبل - حنث باستدامة ذلك كله، وهذا مطرد فى كل فعل يقبل الامتداد إلى مكة مدة كالسكنى ونحوها.

ولو حلف لا يتزوج وهو متزوج، أو لا يتطهر وهو متطهر، أو لا يتطيب وهو متطيب، أو لا يخرج وهو خارج - لم يحنث باستدامة ذلك كله؛ لأن التزويج عبارة عن قبول النكاح، وكذا التطهر وما بعده عبارة عن الفعل الموجب للطهارة والطيب والقيام والقعود والخروج.

وقوله: وفى بيت لا خانة ببيت شعر ونحوه وخبز بخبز أرز وتصرف به بتوكل لا توكيل، وفى تزوج لا تزويج بعكسه، وفى إذن به لغائب، ويتكرر حنث بتكرر يمين مستديم، ومكث لا لنقل متاع سكنى، وفى ماء كوز وحب بكله، ومعطوف بواو بكل إن لم يعد نفى، وفى رءوس بنعم وما اعتيد وبيض به لا من سمك، وجراد، وخصى، وفى مسكن بمغصوب.

أى: إذا حلف لا يدخل بيتًا حنث بدخول ما يسمى بيتًا من البناء بالآجر والطين وغيره،

---

(١) فى أ: حنث لأنه.

(٢) فى أ: أفسد.

(٣) فى أ: مشقوق.

وبيوت الشعر والجلد، والكرباس، سواء كان بدويًا أو قرويًا لوقوع اسم البيت عليه.

ولا يحنث بدخول مسجد وحمام وكذا دهليز وصحن وصفة وبيت رحا على الصحيح؛ إذ يقال: دخل الدهليز أو الصحن ولم يدخل البيت وإن كان يدخل فى اسم الدار، ولفظة خانة بالعجمية: اسم للبيت، لكنها لا تقع فى عرفهم على بيت الشعر ونحوه، وتقع على البيوت المبنية. ولو حلف: لا يأكل الخبز، فلا يخفى أن الخبز المعروف من البر والشعير والدخن والذرة، ويدخل فيه ما خبز من الأرز وإن كان بغير طبرستان[1] فإنهم يطبخون الأرز ويخبزونه.

وإذا حلف: لا يبيع أو لا يشترى، أو لا يهدم أو لا يبنى، أو لا يضرب وكذا سائر التصرفات، فوكل من يفعلها - لم يحنث، وإن توكل فيها لغيره وفعلها حنث على الأصح، سواء أضاف العقد إلى الموكل أو أطلق، وسواء كان ممن يتعاطى ذلك أم لا كالسلطان.

وإذا حلف ألا يضرب أو لا يبنى، فوكل من ضرب أو بنى - لم يحنث إلا فى التزويج، فإنه بالعكس، فإذا حلف ألَّا يتزوج فوكل من يزوج[2] له حنث على الأصح، وإن توكل يزوج[3] لغيره لم يحنث على الأصح أيضًا. هذا فى التزوج. أما التزويج فكالبيع، فلو حلف لا يزوج أحدًا أو لا يطلق امرأته فوكل لم يحنث. لكن لو حلف لا يحلق رأسه فوكل من حلق له ففيه طريقان: منهم من جعله كالبيع وغيره من التصرفات. ومنهم من قطع بالحنث؛ للعرف، وردهما الرافعى، والنووى من غير تصحيح، وهذا كله إذا أطلق، أما إذا نوى شيئًا فإنه يعمل بمقتضاه. وإذا حلف لا يأذن لزيد فى كذا، أو لا يخرج زيد إلا بإذنه، فأذن له وهو غائب لا يسمع فكما لو سمع، وإذا حلف: لا يلبس وهو لابس واستدام حنث ثانيًا، فإذا عاد وحلف ثانيًا وهو مستديم حنث، وهكذا فتتعدد الكفارة بتعدد اليمين مع الاستدامة.

وإذا حلف: لا يسكن الدار فمكث فيها أدنى مكث حنث، وعد ساكنًا إلا إذا مكث لنقل المتاع فإنه ليس بسكنى، وكذا لو لبث لحفظه ليلة[4] على الأصح.

وإذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز أو الجب لم يبر إلا بشرب جميعه وكذا كل ما يمكن استيفاؤه ولو فى مدة طويلة، فإذا كان مما لا يمكن استيفاؤه كماء النهر والبحر حنث فى الحال بخلاف ما إذا حلف أنه لا يشربه فإنه تنعقد يمينه كما سبق بيانه.

---

(١) فى أ: بطبرستان.
(٢) فى أ: يتزوج.
(٣) فى أ: وتزوج.
(٤) فى أ: ليلا.

وإذا حلف لا يأكل اللحم والعنب والرطب لم يحنث إلا بأكل الجميع سواء أكلها معا أو متفرقا.

هذا إذا لم يعد حرف النفى، فإن قال: ولا العنب ولا الرطب فأكل واحدا منها حنث، وكذا إذا حلف ليأكلن اللحم والعنب لم يبر بأكل أحدهما. ولو حلف ليأكلن هذين الرغيفين توقف البر على أكلهما، فإن قال: هذا الرغيف وهذا الرغيف، فقال فى التتمة: هما يمينان.

قال الرافعى: وفيه توقف. وإن حلف لا يأكل الرءوس حنث بأكل رءوس النعم - وهى الإبل والبقر والغنم - للعادة، فى بيعها منفردة، ولو اعتيد بيع رءوس غيرها من الظباء والأرانب والسمك كان له حكم رءوس النعم.

وإذا حلف لا يأكل البيض حنث بأكل بيض الدجاج والأوز والنعام وغيرها من سائر الطيور كالحمام والعصافير، إلا ما كان من الجراد والسمك فإنه لا يحنث ببيضه.

ولا يحنث بخصية الكبش ونحوها؛ لأنه لا يطلق عليها اسم البيض، فإن نوى شيئًا من ذلك اختص به.

وإذا حلف: لا يدخل مسكن فلان، حنث بكل موضع يسكنه بملك وإجارة وغصب وإعارة على الصحيح، وقيل: لا يجب بالمغصوب عليه.

[وقوله فى الحاوى: «وبيت الشعر والجلد والكرباس» إلى قوله: «لا السمك والجراد» فيه أمور:

أحدها: قوله: خانة يريد لا خانة، وقد بينا أن الخانة فى لغتهم اسم البيت لكنها لا تطلق فى عرفهم على بيت الشعر ونحوه، وأنكروا عليه «نه» وقالوا: لا حاجة إليها ولا هى أخصر من لا.

الثانى: قوله: «وتصرفه وكالة لا التزويج وتزوج وكيله لا بيعه وشراءه» جعل صاحب التعليقة «وتزوج وكيله» معطوفًا على النفى فيلزمه أن يجعل «لا بيعه وشراؤه» منفيًّا من النفى، وأنه يحنث ببيع وكيله، وقد التزم ذلك وقال: فالصواب أن يقول: وتزوج وكيله كبيعه وشرائه، وأنكروا عليه وقالوا: «وتزوج وكيله» معطوف على ما قبل النفى فتزوج وكيله تزوج له يحنث به لا بيعه أى: لا بيع وكيله فإنه ليس له بيعه ولا يحنث، ففى عبارته تعقيد أوجب هذا الاختلاف كما ترى.

الثالث: قوله: «والحج الفاسد لا غير» أى: الحج الفاسد ابتداء حج وهو إذا أحرم بالعمرة ثم أفسدها، ثم أدخل عليها الحج فإنه ينعقد فاسدًا؛ كما قال، وأما من أحرم

مجامعًا، فالأصح كما ذكره النووى فى «الروضة» أنه لا ينعقد، وإطلاق الحاوى فى الحج يوهم انعقاده؛ لأنه أطلق بالنية.

الرابع: قوله: «والرأس للغنم والظبى إن اعتيد» تخصيصه الظبى دون غيره تبع فيه الغزالى، وقد اعترض عليه الرافعى فقال: كلامه يوهم تخصيص الاستثناء برأس الظبى ولا يختص به بل غيره مثله.

الخامس: قوله: «لا الطير والسمك» فاقتضى أنه لا يحنث بهما وإن اعتيد بيعها منفردة، وليس كذلك، بل هى وغيرها سواء على الصحيح كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

السادس: قوله: «والبيض ما تتبين فيه الحياة» يرد عليه ما صححه فى الروضة من الحنث بالبيضة إذا خرجت متصلبة بعد الموت][1].

وقوله: وفى بطيخ وتمر وجوز بغير هندى، وفى فاكهة بنحو عنب ورطب ورمان وموز وتين وبطيخ ولو يبست كلب فستق، وبندق لا قثاء وخيار.

أى: وإذا حلف لا يأكل البطيخ، لم يحنث بأكل البطيخ الأخضر، ويسميه بعض العجم البطيخ الهندى، وكذا لو حلف لا يأكل التمر أو لا يأكل الجَوز، لم يحنث بأكل التمر الهندى، وهو الحمر، بضم الحاء المهملة وفتح الميم وتخفيفها بلغة اليمن.

ولا يأكل الجوز الهندى، وهو أيضًا بلغة أهل اليمن القف. وإذا حلف لا يأكل الفاكهة حنث بأكل[2] ما يؤكل تفكهًا، فيحنث بجميع ما ذكرناه، وبالنبق أيضًا والليمون ونحوهما، واليابس منها كالرطب وإن اتخذ[3] اسمًا كالتمر والزبيب؛ فإن اسم الفاكهة يجمعها.

وإن حلف لا يأكل التمر، لم يحنث إلا بأكل الرطب منها لا اليابس، ويلحق باليابس من الفاكهة اللب كلب الفستق والبندق والجوز واللوز، وأما القثاء والخيار فمعدودان من الخضراوات كالباذنجان والجزر ونحوهما.

وقوله: ثم لحم وشحم ومِعًى وكبد وكرش وقلب وألية وسنام وسمن وزبد ودهن وأكل وشرب، وعنب وزبيب ورطب وتمر ورمان وعصير وأكل سكر وبلع ذوبه وعقد وفاسده مختلفان.

أى: اللحم وما بعده مختلفان فمختلفان خبر عن الجميع، فإذا حلف لا يأكل اللحم، لم

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: بكل.
(٣) فى أ: استجد.

يحنث بأكل الشحم، وإذا حلف لا يأكل الشحم، لا يحنث بأكل اللحم، ويحنث بأكل شحم البطن والعين، ولا يحنث بأكل شحم الظهر والجنب على الأصح؛ لأنه لحم سمين؛ ولهذا يحمر عند الهزال. ولم يتعرض له فى الإرشاد؛ لأنه داخل فى اللحم.

وكذلك الألية والسنام لا يحنث بهما الحالف من الشحم ولا من اللحم، وإن حلف من أحدهما لم يحنث بالآخر، وكل من هؤلاء مخالف للمعاء والكبد والطحال والرئة والقلب، وكل منها مخالف للآخر.

ولا يحنث الحالف من اللحم بأكل السمك على الأصح، وبتسمية الله إياه لحمًا كتسمية الشمس سراجًا والجبال أوتادًا، واللحم إنما يتناول[1] ما يحل من لحم النعم والوحش والطير، لا ما لا يحل كالميتة والخنزير على الأصح سواء كان مملوكًا أو مغصوبًا.

والسمن والزبد مختلفان، فلا يحنث فى أحدهما بالآخر، وكذا السمن والدهن إلا أن يريد بالدهن الدسومة.

ثم الأفعال تختلف كالأعيان، فإذا حلف لا يأكل لم يحنث بالشرب، وإذا حلف لا يأكل العنب لم يحنث بأكل الزبيب بعصيره، وإذا حلف لا يأكل الرمان لم يحنث بعصيره، وكذلك العنب والرطب وعصيرهما، وأكل[2] السكر وبلع ذوبه مختلفان.

فإذا حلف لا يأكل السكر فوضعه فى فيه وذاب فابتلع ذوبه، لم يحنث؛ لأنه لا يسمى أكلًا وكذا عكسه.

وإذا حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يتزوج فعقد عقدًا فاسدا، لم يحنث، وقد سبق أنه لو حلف لا يصلى فصلى صلاة فاسدة الإحرام لم يحنث.

وإذا حلف لا يصلى صلاة فاسدة فصلى صلاة فاسدة، أو لا يبيع بيعًا فاسدًا فباع فاسدًا هل يحنث؟ وجهان. قال الصيدلانى والرويانى: لا يحنث.

وقال الإمام: الوجه عندنا أنه يحنث. ولو حلف لا يبيع الخمر فباعها لم يحنث على الصحيح؛ لأن ذلك لا يتصور إلا إذا نوى صورة البيع.

وقوله فى الحاوى: «ومسكنه ومغصوبه مختلفان»: الوجه الصحيح خلافه؛ فإذا حلف لا دخلت مسكن فلان، فدخل بيتًا يسكنه بملك أو إجارة أو إعارة – حنث، وكذا بغصب على الصحيح، ولو دخل ملكًا له لا يسكنه لم يحنث.

وقوله: وأكل وشرب تطعم وتناول وبلع خبز وسكر لا مص عنب ورمان ورمى تفل

---

(١) فى ط: يتؤول.

(٢) فى أ: وكذا.

أكل، وما ملك وحده بشرا، وسلم وتولية، واشتراك ومشتراه لا بوكيله ومع غيره وشفعة وقسمة وصلح وفسخ وإقالة وممكن خلوص من مخلوط وتصدق لا وقف هبة ولا عكس.

أى: ولو حلف لا يطعم شيئًا فأكل أو شرب حنث؛ قال الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩]. وكذا لو حلف لا يتناول ذواقًا حنث بهما أيضًا، والابتلاع للخبز والسكر أكل، هذا ما قطع به فى العزيز والروضة هنا، لكنه قال فى الطلاق فى قوله: فصل أكل الزوجان تمرًا وخلطا النوى، فلو علق على الأكل فابتعلت لم يحنث على الأصح؛ لأنه يقال: ابتلع ولم يأكل، ذكره المتولى، وهو مخالف لما قطعنا به هنا.

وإذا مص العنب أو الرمان ورمى التفل، لا يسمى ذلك أكلاً فى العرف. وإذا حلف لا يأكل أو لا يسكن ما اشتراه زيد، حنث بما اشتراه وحده، ولا يحنث بما اشتراه زيد وعمرو فى عقد واحد.

فإن اشترى كل منهما بعضًا وخلطاه فسيأتى حكمه، ويحنث بما ملكه بطريق السلم والتولية والاشتراك؛ لأن ذلك كله بيع.

فإن قيل: فلم قلتم: إنه لا يحنث بما اشتراه زيد وعمرو، فكيف يحنث بمبيع اشتراه عمرو ثم أشركه فيه؟

فالجواب: أن الذى أشرك فيه عمرو زيدًا وهو نصف المبيع مثلاً صار مشترى زيد وحده من عمرو، بخلاف ما اشتراه زيد وعمرو معًا، فإن كل جزء منه اشتركا فى شرائه، فإن كان الذى أشركه فيه قد قسم فلا إشكال، وإن أشركه فيه مختلطًا فسيأتى حكمه، ولا يحنث بما اشتراه وكيله؛ لما بينا أن المباشر للعقد بالوكالة هو المشترى.

نعم لو اشترى زيد لغيره بالوكالة فأكل منه حنث، وما ملكه بشفعة أو إرث أو اقتسماه لا يحنث به، وإن قلنا: القسمة بيع؛ لأن ذلك لا يسمى مشتراه.

وكذلك ما أخذه بطريق الصلح عن الدين وما عاد إليه بفسخ بعيب[1] أو إقالة، كل ذلك ليس مشتراه فى العرف.

وإذا خلط زيد طعامًا اشتراه بغيره من مثله فأكل الحالف من المخلوط، فإن كان يمكن خلوص المأكول مما اشتراه زيد كعشر حبات من الحنطة وعشرين - لم يحنث؛ للشك، وإن أكل قدرًا صالحًا كالكف والكفين، حنث؛ لأنه [لا يخلو منه][2]، هذا هو الأصح. وقيل: لا يحنث حتى يأكل أكثر من النصف، وقيل: لا يحنث بحال.

(١) فى أ: العيب.
(٢) فى ط: بخلوصه.

ولو حلف لا يأكل طعام زيد فأكل مشتركا بينه وبين غيره، حنث. أو لا يركب دابة زيد أو لا يلبس ثوبه فركب أو لبس مشتركًا، لم يحنث.

والفرق أن بعض الطعام يسمى طعام زيد، وبعض الدابة والثوب لا يسمى دابة زيد ولا ثوبه.

وإذا حلف لا يهب فتصدق حنث، وكذا إذا أهدى أو أعمر أو أرقب؛ لأن كل ذلك أنواع من الهبة، ولا يحنث بالوقف.

وإذا حلف لا يتصدق لم يحنث بالهبة والهدية والعمرى والرقبى، ويحنث بما تصدق به تقربًا إلى الله تعالى سواء كان فرضًا كالزكاة أو تطوعًا، ولا يحنث فى الهبة إلا بالإقباض على الأصح.

وقوله: وحنث فى مال بثوبه، ومؤجل على معسر وبأم ولد لا مكاتب ومنفعة، وفى دار زيد بملكه ولو بعد عتق وسرج فرس بمنتسب وباب هذه لمنفذ لا محدث إن عينه، وفى مأمن به وغزلت بماضى هبة وغزل وثوب من غزلها بما كله منه ولو قميصًا ولبس قميص بتأزر وترد لا بفتق وثوب بغير فرش وتدثر لنوم.

أى: إذا حلف أنه لا مال له، حنث بكل ما يملكه من مال زكوى أو غيره، حتى يحنث بثوب بدنه وبالدين المؤجل ولو على معسر على الصحيح؛ لأنه يملك التصرف فيه بالحوالة والإبراء، وأبو حنيفة لا يوجب حنثه بغير الزكوى.

فإن نوى مالًا زكويًا أو غيره حمل عليه؛ لأن العام قد يختص بالنية، وأم الولد مال؛ لأن رقبتها مملوكة له ومنافعها وأرش الجناية عليها له، والمدبر من طريق الأولى؛ لأن له التصرف فيه بالبيع وغيره.

ولا يحنث بالمكاتب؛ لأنه لا يملك التصرف فيه بالبيع وغيره، ولا يحنث بالمكاتبة؛ لأنه لا يملك التصرف فيها، إلا فى منافعها ولا أرش الجناية عليها بل يملكها هو.

ولا يحنث بالمنافع التى يملكها بالإجارة أو غيرها؛ لأن المفهوم من لفظ المال المطلق الأعيان دون المنافع، والمضاف إلى الإنسان لا يقع إلا على ملكه.

فإذا حلف لا يدخل دار زيد فدخل دارًا يسكنها بإجارة أو عارية، لم يحنث، وإن دخل دارًا يملكها حنث وإن لم يسكنها إلا أن ينوى سكناه فيحمل على ما نوى.

فإن كان زيد رقيقًا لا يملك ثم عتق وملك دارًا ودخلها حنث، ولا يحنث بدخول دار

شغلت باسمه وهو عبد إلا أن يردها[١]. وهذا كله إذا قال داره، ولم يقل: هذا العبد.

فإن قال ذلك لم يحنث بدخول داره بعد العتق على الأصح، كما إذا حلف لا يكلم هذا العبد فكلمه بعد العتق وسيأتى.

وإذا حلف لا يركب سرج هذه الدابة حنث بركوب سرجها المنسوب إليها؛ لأنها لا تصلح للملك بحال، بخلاف العبد فإنه ينتظر ملكه.

فإذا حلف لا يدخل باب هذه الدار، فالأصح أن المراد المنفذ لا الخشب، فإذا دخلها من بابها حنث سواء أحدث لها بابًا آخر فدخل منه أم دخل من الباب القديم لها؛ لأن كلًّا منهما يطلق عليه أنه بابها، فإن عين الباب وقال: لا أدخل من هذا الباب، لم يحنث بالمحدث، ولا إن نقل الباب الخشبى إليه على الأصح إلا أن يريده.

وإذا حلف لا يلبس ما مَنَّ به عليه فلان، أو ثوبًا غزلته فلانة - حمل على الماضى مما وهبه له فلان وغزلته فلانة، ولا يحنث بما يهبه له أو تغزله فى المستقبل.

فإن قال: ما يمن به أو تغزله، انعكس الحكم تنزيلا للفظ على مقتضاه، ولا يحنث بما باعه إياه محاباة؛ لأن المنة فى حط الثمن لا فى الثوب، وإذا حلف لا يلبس ثوبًا من غزل فلانة، لم يحنث إلا بثوب كله من غزلها، فإن كان سداه أو لحمته من غيره لم يحنث؛ لأن الثوب من غزلها وغيرها.

نعم إن حلف لا يلبس من غزلها حنث؛ لأنه لبس شيئًا من غزلها، ولا أثر بما يخاط به أو يرقع به؛ لأن الخيط والرقعة لا يوصفان بأنها الملبوس.

وإذا حلف لا يلبس ثوبًا فلبس قميصًا حنث، سواء اتزر به أو ارتدى به أو تعمم به؛ لوجود اسم اللبس، وإليه الإشارة بقوله: ولو قميصًا. والحلف على أنه لا يلبس ثوبًا من غزله، فكل قميص ثوب وليس كل ثوب قميصًا. ولو قال: لا ألبس هذا القميص، ففتقه وارتدى به - فهو كما لو قال: لا أكلم هذا العبد فعتق. وفيه وجهان: الأصح لا يحنث.

ولو قال: لا ألبس قميصًا ففتقه وارتدى به، لم يحنث قطعًا.

وفى الثوب إذا حلف لا يلبس ثوبًا يحنث حتى بالقميص المفتوق وبكل لبس إلا التدثر للنوم والافتراش فإنه لا يحنث بهما فيه ولا فى القميص؛ لأن ذلك لا يطلق عليه اسم اللبس، ولو نام عليه أو تدثر به ونام لم يحنث؛ لأن ذلك لا يسمى فى العرف لبسًا.

[وقوله فى الحاوى: «لا المكاتب ولا منفعة المستأجر مال» إلى قوله: «ورقد وتدثر به

---

(١) فى ط: يريدها.

وافيًا» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ولا منفعة المستأجر» لو أطلق ولم يقيد بالمستأجر كان أولى لتدخل المنفعة الموصى بها.

الثاني: قوله: «كدار العبد للملك إن عتق» صرح بالإضافة إلى العبد، والأصح أنه إذا أضاف إلى العبد أن هذه اليمين تلغو؛ لأنه لا يملك ما دام عبدًا وإذا عتق لم يوجد الوصف وهو كونه عبدًا وسيأتى ذلك عقيبها.

الثالث: قوله: «وارتدى واتزر بقميص لبسه وثوب لا إن فرش ورقد وتدثر به أو فتق» عطف قوله: «وثوب» على الضمير المجرور فسوى بين القميص والثوب فاقتضى أنه إذا حلف لا يلبس ثوبا كما لو حلف لا يلبس قميصا وهو كذلك إذا لبس قميصا غير وقد مضى أنه لا يحنث به إذا فتق فلزم منه ألَّا يحنث بالمفتوق إذا قال: لا ألبس ثوبا، وليس كذلك بل يحنث كما ذكره الأصحاب[1]][2].

وقوله: وهذه السخلة والعبد فكملا غير كرطب جف وبر طحن وأمر ونهى وسب وتلفظ بشعر كلام لا إن كتب وأشار وقرأ وذكر الله تعالى ودعا، وأجمع الحمد وأجله: الحمد لله حمدا يوافى نعمه ويكافئ مزيده، وأحسن الثناء: لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك وأفضل صلاة على النبى ﷺ ما فى التشهد[3].

أى: إذا حلف لا يأكل لحم هذه السخلة وصارت شاة، أو لا يكلم هذا العبد فصار حرًّا، فهى الآن غير سخلة وهو غير عبد فلا يحنث بهما، وإلى ذلك أشار بقوله: فكملا؛ لأن كلا منهما قد استبدل اسمًا آخر. وكذلك لو حلف لا يأكل هذا الرطب، فجف وصار تمرًا، أو لا يأكل هذا البر. فطحنه وأكله - لم يحنث؛ لتبدل الاسم والصورة أيضًا. هذا هو الأصح وقيل يحنث به، أما لو اقتصر على اسم الإشارة ولم يذكر السخلة والعبد ونحوه فإنه يحنث على كل حال فى الجميع.

والأمر والنهى، وكذا ترديد الشعر مع نفسه كلام، فإذا حلف لا يتكلم فأمر عبده أو نهاه أو شتمه أو تلفظ بشعر وأسمعه نفسه، حنث.

ولو كتب أو أشار وأفهم لم يحنث، وكذلك إذا قرأ القرآن أو ذكر الله تعالى بنحو تسبيح

(١) ثبت فى حاشية أ: قال فى الأنوار: ولو قال: لأصلين أفضل الصلاة فالبر بأن يقول: اللهم صل على محمد كلما ذكره الذاكرون وكلما سها عنه الغافلون ولو قال: لأدعون باسمه الأعظم قال صاحب التهذيب فى كتابه التعليق...

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) ثبت فى حاشية أ: وهو: اللهم صل على محمد ... كما صليت وباركت ... وعلى آل إبراهيم إنك ... .

أو تهليل أو تكبير أو تحميد أو دعاء لم يحنث؛ إذ يحسن أن يقال: ما تكلم بل كتب وأشار، أما القرآن والذكر فليسا بكلام منه، والظاهر عند الإطلاق أن الكلام لا ينصرف إلا إلى كلام الآدميين.

ولو قرأ شيئًا من التوراة لم يحنث؛ لأنا نشك هل الذى قرأه مبدل أم لا؟

وإذا حلف ليحمدن الله بجوامع الحمد، أو بأجلِّ المحامد، فليقل: الحمد لله حمدًا يوافى نعمه ويكافئ مزيده - فإنه يبر فى يمينه؛ لأنه يقال: إن جبريل علم آدم عليهما السلام هذه الكلمات، وقال له: علمتك مجامع الحمد[1]، فإذا حلف ليثنين على الله تعالى أحسن الثناء، فطريق البر أن يقول فى الثناء على الله تعالى: لا أحصى ثناءً عليك أنت كما أثنيت على نفسك[2]؛ لأن أحسن الثناء ما أثنى الله به على نفسه، والاعتراف بالعجز عن الثناء عليه والحَوالة على ثنائه على نفسه أبلغ وأحسن.

ثم أفضل الصلاة على النبى ﷺ ما ذكرناه فى التشهد؛ للحديث الصحيح. قالوا: يا رسول الله صلى الله عليك وسلم كيف نصلى عليك؟ قال: «قولوا: اللهم صل على محمد . . .» إلى آخره[3] فما اختاره ﷺ لنفسه أفضل وأولى.

[وقوله فى الحاوى: «وترديد الشِّعْر بنفسه» إلى قوله: «وأفضل الصلاة على النبى . . .» إلخ، وفيه أمران:

أحدهما: قوله: «وترديد الشعر بنفسه» قد يوهم أنه إذا ردد الشعر فى نفسه من غير نطق به يسمى كلامًا كما يقول المتكلمون فى الكلام النفسانى، وعبارة «الروضة»: وترديد الشعر مع نفسه، وذلك يكون إذا تلفظ به، وأسمعها إياه.

الثاني: قوله: «وأفضل الصلاة على النبى ﷺ: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، كلما ذكره الذاكرون . . .» إلى آخره، قال فى الروضة: وهذا ذكره إبراهيم المروزى وحده.

وقد يستأنس له بأن الشافعى - رضى الله عنه - كان يستعمل هذه العبارة، ولعله أول من استعملها، قال: ولكن الصواب - والذى ينبغى أن يجزم به - أن أفضله ما يقال فى التشهد][4].

---

(١) ذكره الحافظ فى التلخيص (٤/٣١٦، ٣١٧) وقال: قال ابن الصلاح فى كلامه على الوسيط: ضعيف الإسناد غير متصل.

(٢) يشير بذلك إلى حديث عائشة، أخرجه مسلم (٢٢٢/٤٨٦)، وأحمد (٦/٥٨) بلفظ: «اللهم أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك، وأعوذ بك منك لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك».

(٣) تقدم.

(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: وأرفع إلى القاضى فقاضيهم وإن علم فإن عينه تعين، وإن عزل إن لم يرد وهو قاض، والسلام والدخول على قوم زيد فيهم كعليه، لا فى سلام نوى به غيره، وانحلت بمرة فى إن خرجت بلا إذن أو خف لا كلما، فيبر بأذنت كلما أردت.

أى: إذا حلف لا يرى منكرًا إلا رفعه إلى القاضى، لم يبر إلا بالرفع إلى قاضيهم فى البلد، ولا يبر بالرفع إلى قاض آخر على الأصح، ولا يتعين الموجود، فإن عزل لم يبر بالرفع إليه بل إلى القاضى المنصوب بعده. ولو كان فى بلده قاضيان فمن شاء منهما. وإذا كان القاضى قد علم بالمنكر بر بالرفع إليه أيضًا على الأصح، فإن عين القاضى وقال: لا أرى منكرًا إلا رفعته إلى هذا القاضى، أو إلى القاضى فلان - نظرت: فإن نوى عين ذلك القاضى وذكر القضاء تعريفًا بر بالرفع إليه بعد العزل قطعًا، وإن أطلق ولم ينو شيئًا قال فى الروضة: فيه وجهان أصحهما أنه يبر، كمن حلف: لا يدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها فإنه يحنث. ولعل[1] الفرق بينهما وبين مسألة السخلة: أن الدار لم تستجد اسمًا آخر، وقد يشكل مسألة القاضى إذا عزل بمسألة العبد إذا حلف لا يكلمه ثم عتق.

وإن نوى أن يرفع إلى زيد القاضى وهو قاض، لم يبر بالرفع إليه معزولًا و[لا][2] يحنث فى الحال؛ لأنه ربما تولى ثانيًا.

واليمين على التراخى، فإن مات أحدهما بعد التمكن تبينا الحنث من حينئذ. وإذا حلف لا يكلم زيدًا أو لا يسلم عليه، فسلم على قوم هو فيهم: فإن قصدهم جميعًا بالسلام حنث.

وكذا إن أطلق على الصحيح؛ لأنه مخاطب للجميع، فإن استثناه باللفظ أو بالنية لم يحنث؛ لأن العام يحتمل التخصيص.

وإن سلم عليهم وهو لا يعلم أنه فيهم، فعلى قولَىْ حِنْث الجاهل، والأصح لا حنث.

وإن حلف لا يدخل على زيد فدخل على قوم هو فيهم حنث، وإن استثناه بقلبه أو بلسانه؛ لأن الفعل لا يقبل الاستثناء. وإذا قال لزوجته: إن خرجت بغير إذنى أو بغير خُفٍّ فأنت طالق، أو والله لا تخرجين بغير إذنى، فخرجت مرة واحدة - انحلت اليمين، سواء حنث بأن خرجت بلا إذن أم لا بأن خرجت بإذنه، ووجهوه بأن اليمين تعلقت بخرجة واحدة، وفيه خلاف قوى فيما إذا أذن هل تنحل اليمين، لكن المنصوص أنها تنحل، وإن قال: كلما خرجت بغير إذنى، لم تنحل أبدًا، فلتخرج كل مرة بإذنه، أو ليقل: أذنت لك

---

(١) فى أ: ونقل.

(٢) سقط فى ط.

كلما أردت أن تخرجى فذلك يغنيه عن تجديد الإذن كل مرة، ومتى، ومهما، وأى حين، وأى وقت مثل «إن» لا تقتضى التكرار.

وقوله فى الحاوى: والقاضى يخبر[1] قاضى البلد، إلى قوله: لا أدخل عليه، فدخل عليهم - فيه أمران:

أحدهما: قوله: والقاضى يخبر[2] قاضى البلد وأرفع إلى هذا أو مع علم أو عزل، مقتضاه تخصيص المعين بالرفع بعد العلم والعزل، فإن غير المعين لا يرفع إليه بعدهما، وهو كذلك بعد العزل، أما بعد العلم فيرفع إليهما معًا كما ذكروه.

الثانى: قوله: ولا أكلم زيدًا ولا أسلم عليه، فدخل على قوم هو فيهم استثناه ولو بالنية، لا إن قال: لا أدخل عليه فدخل عليهم - مقتضى اللفظ أن قوله: لا، استثناء من قوله: استثناه؛ لأنه لم يأت فى المسألة بحكم، لكن أفهم أن البر يحصل بالاستثناء فيحتاج إليه، ولا يحتاجه فى قوله: لا أدخل عليه. وهكذا فهمه صاحب التعليقة، وقضى بأنه لا يحتاج ولا يحنث؛ لعدم الاستثناء. والحق أنه يحنث به على كل حال، ويمكن حمل كلام الحاوى فى قوله: لا إن قال: لا أدخل عليه فدخل إلى آخره - على أنه لا يستثنيه؛ لأن الاستثناء لا ينفعه ولا يدفع عنه الحنث، والله أعلم.

* * *

(١) فى ط: لجنس.
(٢) فى ط: لجنس.

باب النذر

وقوله: باب: النذر التزام مكلف مسلم بلفظ: كلله على أو على، منجز أو معلق قربة كإدامة وتر وعيادة مريض وتطييب مسجد وإتمام نفل أو فرض بسفر وصوم به حيث هو أفضل وركعة قاعدًا وخير وتجديد وضوء، ومشى من بيته بحج وطول قراءة وصوم بتفريق، ولغا بيوم شك وبعض يوم أو ركعة [وحج][1] عين وضاق، وإتيان بيت الله الحرام[2] فيجب بنسك.

أى: النذر: الالتزام، ويجب الوفاء به؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩].

وفسروه بأنه التزام مكلف، فخرج الصبى والمجنون، فلا يصح نذرهما؛ لعدم أهلية التصرف والالتزام، والسكران مكلف على الأصح فيصح نذره.

وخرج بالمسلم الكافر؛ فإنه لا يصح نذره؛ لأنه ليس من أهل القرب، أو ليس من أهل الالتزام للقرب، على قول من يقول: ليس النذر قربة.

ويشترط أن يكون بصيغة لفظية ملتزمة، فلو نوى النذر ولم يتلفظ لم يلزمه، وصيغة الالتزام مثل أن يقول: لله على كذا أو على كذا. وإن لم يقل: لله على، صح[3]، فلو قال: إن شاء الله، لم ينعقد، كما نص عليه الشافعى رحمه الله؛ لأن ذلك ليس صيغة الالتزام، وكذا إن قال: إن شاء زيد، وشاء. وسواء كان منجزًا: كلله على كذا، أو ملعقًا بغرض من حدوث نعمة أو اندفاع نقمة ونحو ذلك: كإن شفى الله مريضى، أو قدم غائبى. ويسمى هذا نذر المجازاة. وأما إذا قال: إن كلمت فلانًا فلله على كذا، وقصده الامتناع من كلامه، فهذا نذر اللجاج، وسيأتى حكمه.

ويشترط أن يكون الملتزم قربة، ويشترط فى القرب المنذورة ألا تكون فرض عين، أما فرض الكفاية والسنن الرواتب وغيرها فيصح التزامها بالنذر على الأصح.

فإذا قال: لله علىَّ أن أصلى الوتر، لزمه أن يصليه. أو لله على أن أداوم على أداء الوتر، لزمه استدامته، وكذلك سائر النوافل والقرب، بخلاف الفرائض كالمكتوبات والحج وصوم رمضان والزكاة فإنه لا يصح نذرها؛ للزومها شرعًا، وسواء كان فرض الكفاية مما يشق تحصيله كالجهاد، أو لا يشق كالصلاة على الجنازة، فإنه يصح نذرها على الأصح.

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من متن «الإرشاد».
(٢) فى متن «الإرشاد»: لا الحرم.
(٣) فى أ: لله علىّ، على الأصح.

وسواء كانت القربة أصلاً فى نفسها كالصلاة والصيام، أو صفة لها كتطويل القراءة أو الركوع أو السجود، أو قراءة سورة كذا أو إتمام الفريضة فى السفر حيث الإتمام أفضل، وذلك فى المرحلتين فما دون الثلاث، وكإتمام الصوم فى السفر - يعنى إذا أصبح مسافرًا صائمًا - فإن له أن يفطر، فإن نذر إتمام صومه ولم يخف ضررًا من إتمامه لزمه إتمامه، ولم يجز له أن يفطر نفلاً كان أو فرضًا، وإن كان يخاف ضررًا من إتمامه فقد علمت أن الفطر له أفضل؛ فلا ينعقد له نذره.

وكذلك إذا نذر إتمام نافلة ولو صومًا نواه قبل الزوال لزمه إتمامه، وكذلك إذا نذر قربة من القرب التى لم تشرع لكونها عبادة، وإنما هى أعمال وأخلاق حسنة نبتغى بها الثواب: كعيادة المريض، وزيارة القادم والقبور، وإفشاء السلام، وتشميت العاطس، وتطييب الكعبة وكسوتها - فالصحيح لزومها بالنذر. وأما تطييب سائر المساجد ففيه تردد للإمام، ومال إلى منعه.

وقال فى شرح المهذب: المختار: الصحة فى كل مسجد؛ لأن تطييبها مقصود، فلزم بالنذر كسائر القرب، قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام(١): وحكم مَشَاهِدِ العلماء والصلحاء حكم البيوت لا حكم المساجد. يعنى فى التطييب.

ولو نذر أن يصلى ركعة قائمًا أو قاعدًا، صح ولزمه، لكن يخير فى الثانية بين أن يصلى قائمًا أو قاعدًا، وكذا بين ركعة وركعتين كما هو المفهوم من كلامهم.

وإن نذر تجديد وضوء صح ولزم؛ لأن تجديده عبادة يثاب عليها، ولم يخرج عن نذره بالوضوء عن الحدث ولا بتجديد وضوء [لم يصل به صلاةً ما](٢). ولو نذر الحج ماشيًا وأطلق، لزمه من الميقات، أو من بيته لزمه من بيته.

وقال الرافعى: هذا إذا قلنا: المشى أفضل من الركوب. وقال النووى: بل يجب على كل حال؛ لأن المشى فى الحج(٣) غرض مقصود.

---

(١) هو: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، الشيخ الإمام العلامة، وحيد عصره، سلطان العلماء، عز الدين، أبو محمد، السلمي، الدمشقي ثم المصري، ولد سنة سبع أو ثمان وسبعين وخمسمائة، جمع بين فنون العلم من التفسير، والحديث، والفقه، والأصول، والعربية، واختلاف أقوال الناس ومآخذهم، حتي قيل: إنه بلغ رتبة الاجتهاد، ورحل إليه الطلبة من سائر البلاد، وصنف التصانيف المفيدة، ومن تصانيفه: (اختصار النهاية) و(القواعد الكبري)، و(القواعد الصغري)، و(الكلام علي شرح أسماء الله الحسنى) و(مجاز القرآن)، و(شجرة المعارف) و(الفتاوي الموصلية)، وغير ذلك.

تنظر ترجمته في: طبقات ابن قاضي شهبة (٢/ ١٠٩) طبقات السبكي (٨/ ٢٠٩).

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى أ: فى الركوب.

وإذا نذر صوم شهر أو عشرة أيام متفرقة، لزمه الصوم والتفريق؛ لأن الشرع اعتبر التفريق فى صوم التمتع. فإن نذر صوم عشرة أيام متفرقة فصامها متتابعة، احتسب له خمسة، فإذا نذر صوم يوم الشك لغا نذره، وكذلك إذا نذر صوم بعض يوم أو صلاة بعض ركعة يلغو نذره. فلا يصح نذر ركوع أو سجود بلا سبب، بخلاف سجود التلاوة والشكر.

وأما قوله فى الروضة: ولو نذر ركوعًا لزمه ركعة باتفاق المفرِّعين، فمراده المفرعون على الوجه الضعيف؛ لأن أحد المفرعين عليه قال فيما إذا نذر بعض ركعة: إنه لو أحرم عقيب من قد ركع أو سجد وأتم معه التشهد أنه يجزيه على أحد الوجهين.

فنقول: إذا نذر ركوعًا على هذا فلا بد من ركعة على الوجهين وهذا ظاهر، وقد توهم فيه من توهم. وإذا نذر الحج هذه السنة وهو بعيد من مكة ولم يبق من المدة ما يسع المضى إلى مكة، لغا نذره؛ لتعذر ما التزم به. وإن نذر قصد بيت الله أو إتيان بيت الله وأطلق، لم يلزمه شيء؛ لأن المساجد كلها بيوت الله تعالى ولا يلزم إتيانها بالنذر.

وإن نذر المسجد الحرام أو نذر أن يأتى الحرم أو موضعًا منه أو بيتًا من بيوته كدار الخيزران لزمه قصده، وأن يكون بحج أو عمرة على المذهب.

ولو نذر إتيان بيت المقدس، أو مسجد المدينة، لم يلزم على الأظهر، وأما المباح فلا يصح نذره كالقيام والقعود؛ لما روى عن ابن عباس - رضى الله تعالى عنهما - قال: بينما رسول الله ﷺ يخطب إذا برجل قائم فى الشمس[1] فسأل عنه فقالوا: أبو إسرائيل[2] نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال النبى ﷺ: «فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه»[3] وأما المعاصى فلا يصح نذرها؛ لأنه إذا بطل[4] فى المباح فهى فى المعصية أولى.

وقوله: وبتعليقها لا يمين بحث أو منع وفاء أو كفارة يمين.

أى: وبتعليق[5] القربة المنذورة بحث أو منع، وذلك يسمى نذر اللجاج والغضب، ويسمى نذر المعلق[6]. فإذا قال: إن فعلت كذا، أو إن لم أفعل كذا، فعلىَّ صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو عتق، فالأظهر كما قاله النووى: أنه مخير بين الوفاء بما نذر وكفارة

---

(١) فى أ: المسجد.
(٢) فى ط: أبو سراويل.
(٣) أخرجه البخارى (٦٧٠٤)، وأبو داود (٣٣٠٠)، وابن ماجه (٢١٣٦).
(٤) فى أ: أبطل.
(٥) فى ط: وبتعلق.
(٦) فى أ: الغلق.

يمين.

فإذا قال: فلله عليَّ نذر، فقد بينا فيما بعد أنه لو جاء به على وجه التبرر لزمه قربة من القرب.

وإن قلت: فإذا قاله على وجه اللجاج والغضب تخير على الأظهر، وإذا قال: إن فعلت كذا فعليَّ يمين لم يلزمه شيء، وإليه الإشارة بقوله: لا يمين؛ لأنه لم يأت بنذر ولا صيغة يمين.

وقوله: وبحجر لغا نذر مال لا بذمة مفلس وبنذر صلاة ركعتان وصوم يوم وصدقة متمول ونذر قربة ما وصوم الأثانين فأفطر أو صام غيرًا قضى، لا ما حرم أو لزم قبل، وقدم كفارة والدهر بفطر يوم عدوًا مد، ويوم يقدم زيد وأمكن بيت بظن أو قضى، أو اعتكافه فباقيه، أو علق به عتق عبد فباعه به تبين عتقه.

أى: وإذا كان المكلف محجورًا عليه، فنذر[1] التصدق أو العتق أو شيئًا من القربات المالية - نظرت: فإن كان الحجر لسفه لم ينفذ فى شىء منها، وإن كان لفلس نظرت: فإن نذر عتق عبد معين [أو التصدق بمال معين][2] لم يصح نذره.

وإن التزم فى الذمة، لزمه وقضاه بعد انفكاك الحجر. أما القرب البدنية فيصح منها جميعًا. ومن نذر صلاة وأطلق لزمه ركعتان على الأصح، وقيل: ركعة؛ حملاً على جائز الشرع، والأصح الحمل على أقل واجبه. ومن نذر صومًا مطلقًا لزمه صوم يوم؛ لأنه أقل ما يصح من جنسه فرضًا ونفلاً، وإذا نذر صدقة أجزأه أقل متمول؛ لأن الصدقة الواجبة يمكن انتهاؤها إليه عند اشتراك الخلطاء فى نصاب.

وإذا قال: لله على نذر، فإن كان على وجه التبرر لزمه قربة ما من صلاة أو صوم أو صدقة، ونقل عن النص أنه يلزمه كفارة وذلك فى نذر اللجاج والغضب، قال فى الروضة: قال القاضى حسين: هذا تفريع على قولنا: تجب الكفارة.

فأما إذا أوجبنا الوفاء فتلزمه قربة من القرب، والتعيين إليه، وليكن ما عينه مما يلزم بالنذر، وعلى قول التخيير يتخير بين ما ذكرناه والكفارة، انتهى.

وأما إذا قال: نذرت لفلان بكذا، فليس هذه صيغة التزام؛ فيلغو ولا يغترّ بما يفعله بعض المتفقهة. وإذا نذر صوم الاثنين أبدًا، انعقد نذره ولزمه ما التزم.

فإذا أفطر فى بعضها نظرت: فإن كان بتقصير منه لزمه القضاء، وكذا إن كان بعذر

---

(١) فى ط: وإن نذر.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

كالمرض والسفر على الأصح. وإن كان لحرمة الصوم فيه كأيام الحيض والعيد والتشريق، لم يلزمه القضاء على الأصح.

وإن صامها عن غيره نظرت: فإن كان عن شهر رمضان لم يلزمه القضاء؛ لتحريم صومه عنه ولا ينعقد نذره فى مدته.

وكان إن صامه عن كفارة لا بد منه فيها كصوم الشهرين المتتابعين، نظرت:

فإن تقدم نذر الأثانين على وجوب الكفارة لزمه القضاء، ولا شك أنه يقدم صيام الكفارة عليه؛ لأنه لا يتصور الإتيان بالنذر معها[(١)]؛ لانقطاع التتابع، لكن يجب عليه قضاء تلك الأثانين.

وإن تقدم وجوب الكفارة وتأخر النذر، لم يلزمه القضاء على الأصح الذى صححه النووى.

وكذا لو نذر صوم شهرين متتابعين ينظر إلى التقدم والتأخر، ولا يجوز أن يصوم فيه تطوعًا، فإن فعل صح ولزمه القضاء بخلاف رمضان، وإن أفطر فيه لم يلزمه إمساك بقية النهار أيضًا.

وبنذر صوم الدهر يلزمه صيامه، ولا يخفى وجوب إفطار العيدين والتشريق، ثم إن أفطر بعد ذلك بلا عذر عدوانًا، لزمه الفداء لكل يوم مد؛ لأنه لا يمكن قضاؤه لاشتغاله بأداء النذر الحاضر.

وإن أفطر بعذر كمرض وسفر فلا فدية عليه، وإذا لزمه قضاء يوم من رمضان قدمه عليه، لكن إن كان فطره عدوانًا لزمته الفدية، وإن كان بعذر فلا، وبنذر صوم يوم يقدم زيد يلزمه صيامه إذا أمكن وقدم نهارًا، فإن لم يمكن بأن قدم فى رمضان أو يوم عيد أو تشريق لم يلزمه. وكذا إن قدم ليلاً؛ لأنه لم يوجد شرط الوجوب، ثم إن غلب على ظنه أنه يقدم غدًا بأمر استدل به كالإعلام ونحوه، وبيت الصيام من الليل ووافق قدومه - أجزأه، وإن قدم وهو مفطر، أو صائم عن تطوع، أو ممسك - لم يجزه إتمام ذلك النهار على الأصح، فيصوم يومًا آخر مكانه؛ لأن التبييت فى الصوم الواجب واجب، بخلاف ما إذا نذر الاعتكاف يوم قدومه فقدم فى أثناء النهار، فإنه يعتكف باقيه ويجزئه على الأصح؛ لأنه لا يشترط فيه التبييت.

وإذا علق عتق عبده بيوم قدوم زيد، فباعه فى ضحوة يوم قدم زيد فى آخره - تبين عتقه

---

(١) فى أ: منها.

وبطل البيع.

وقوله فى الحاوى: وفى الصوم المعين قضاء ما يقع عنه، إلى قوله: وتعيينه للذبح كالصلاة - فيه أمران:

أحدهما: كأثانين الكفارة، مقتضاه وجوب قضائها سواء تقدم وجوب صوم الشهرين المتتابعين فى الكفارة أم تأخر.

والحكم كذلك إذا تأخر وجوبها، أما إذا تقدم، فالأصح عند القاضى أبى الطيب، وابن كج، وإمام الحرمين، والغزالى، والنووى أنه لا يجب.

الثانى: قوله: والدهر لكل يوم أفطر عمدًا فدى مدًّا، ولو قال: عدوًا[١]، لكان أولى؛ لأنه ليس كل عمد عدوًا[٢].

وقوله: ولغا نذر ذبح لا بالحرم ولا بضحية فى غير فتتعين تفرقة، ثم لا إن خصص غير ضحية، ولعجز أبدل ببدنة بقرة ثم الشياه وكضحية بالحرم هدى، فإن أهدى معيبًا أو ظبيًا تصدق به حيًّا، أو دارًا نقل ثمنه، وتعين درهم وفقير ومكان لصدقة لا صوم وبجهة جهاد مشقتها، وندب وفاء كافر أسلم.

أى: إذا نذر أن يذبح شاة أو ينحر بعيرًا وأطلق لغا، وإن قيد بحرم مكة أو بالضحية كما سيأتى صح، وإن لم يذكر التفرقة لزمه فيما قيد بالحرم الذبح والتفرقة للحم على فقراء الحرم؛ لأن ذكر الذبح مضافًا إلى الحرم يشعر بالتفرقة[٣].

وإن نذر الذبح بالحرم وخصص التفرقة بفقراء بلد آخر، لزمه الوفاء بما نذر[٤]؛ لأن مجرد الذبح فى الحرم مقصود ومن الواجبات.

فلو نذر الذبح فى غير الحرم والتفرقة فى الحرم ذبح حيث شاء، وفرق اللحم فى الحرم، فكأنه نذر أن يهدى لحمًا إلى الحرم.

وإذا عين إلى بلد شيئًا للتضحية تعين ولزمه أن يضحى فيه وتلزمه التفرقة فيه، سواء ذكر ذلك أو أطلق ذلك؛ لأن ذلك مقتضى الأضحية.

ولو خصص بالتفرقة فقراء بلد آخر، لم يجز نقلها إليهم.

وإذا نذر أن يضحى ببدنة تعين عليه التضحية بالثنية من الإبل، ولا تجزئه البقرة وسبع

---

(١) فى أ: عدوانًا.
(٢) فى أ: عدوانًا.
(٣) فى أ: بالقربة.
(٤) فى أ: ذكر.

من الغنم مع وجودها على الأصح، فإن فقدت فبقرة، فإن فقدت فسبع من الغنم.

وتتعين الدراهم والفقير والمكان للصدقة لا الصوم بالتعيين، فإذا قال: لله على أن أتصدق بهذه الدراهم لزمه التصدق بها، ولا يجزئه مثله مع وجوده، وكذا إذا نذر التصدق على فقير معين لم يجز إعطاء غيره.

وهل للفقير المعين المطالبة؟ قال الرافعي: وفى فتاوى القفال يحتمل أن يقال: نعم؛ كما لو نذر إعتاق عبد بعينه.

فإن لم يقبل الفقير المعين لم يلزمه شيء. وإذا نذر أن يتصدق على فقراء بلد، لزمه الوفاء وتعينوا للصدقة عليهم.

وإذا نذر أن يصوم فى بلد ولو بمكة، لم يلزمه الصيام بها، بل يكفيه أن يصوم حيث شاء.

وإذا نذر الجهاد فى جهة لم تتعين تلك الجهة، لكن يتعين عليه جهة مثلها فى المشقة والمؤنة. وإذا نذر هديًا وأطلق بأن قال: لله عليَّ أن أهدى، انعقد نذره، ولزمه أن يهدى إلى حرم مكة دم نسك، وهو ما يجزئه فى الأضحية؛ لأنه محل الهدى، والهدى فى عرف الشرع ما يجزئ فى الأضحية، ويتعين ذبحه فى وقت الأضحية، وإليه الإشارة بقوله: وكضحية بالحرم هدى، فإن عين معيبًا فقال: لله عليَّ أن أهدى هذا وبه عَرَجٌ أو عور ونحوهما مما لا يجزئ فى الأضحية انعقد نذره، ولزمه أن يتصدق به فى الحرم حيًّا؛ لأنه ليس مما يتقرب بذبحه.

وكذلك كل حيوان لا يجزئ فى الأضحية ولو ظبيًا. وإذا نذر أن يهدى مالًا لزمه إهداؤه، فإن كان مما لا يمكن نقله كالدار باعها ونقل ثمنها، وكذلك ما تعسر نقله يباع وينقل ثمنه.

فإن ذبح المعيب ونحوه لزمه أرش النقص، ثم مؤنة النقل على الناذر، فإن لم يكن له مال بيع من الهدى ما ينقل به باقيه.

ويستحب للكافر إذا أسلم وقد نذر نذرًا يصح منه لو كان مسلمًا أن يوفى بنذره؛ لحديث عمر - رضى الله عنه -: كنت نذرت اعتكاف ليلة فى الجاهلية فقال ﷺ: «أوفِ بنذرك»[1]. ولما كان الكافر ليس أهلًا لالتزام القربات، حمل أمره ﷺ على الاستحباب؛ إذ لا يحسن أن يترك بالإسلام ما عزم عليه من خير فى الكفر.

---

(١) أخرجه البخارى (٢٠٣٢، ٢٠٤٣، ٣١٤٤)، ومسلم (١٦٥٦/٢٧).

[وقوله في الحاوي: «وتعيينه للذبح كالصلاة. . .» إلى آخره - فيه أمور:

أحدها: قوله: «وتعيينه للذبح» يعني: وتعيين شيء من الحرم للذبح، كالصلاة، فمقتضاه: أن تعيين شيء من الحرم للصلاة يوجب تعيينه له، وهذا كما قاله ابن النحوي: غريب لا يعرف لغيره؛ فإن الصلاة إنما تتعين في المساجد الثلاثة، ذكره هو في الاعتكاف.

والثاني: قوله: «والصدقة» مقتضاه أن الصدقة كالذبح يتعينان بتعيينهما في شيء من الحرم، ولا يتعينان في غيره، والصدقة لا يتقيد جواز نذرها بالحرم بل كل مكان فيها كالحرم.

الثالث: قوله: «والفقير والدرهم للصدقة والجهاد في جهة مثلها»، يريد أنه إذا عين الفقير أو عين الدرهم للصدقة تعينا؛ فلزمه الجهاد إذا نذره في جهة تعين عليه إتيانه في مثلها فمقتضاه لما أراده فإنه يريد أنه يجزئ جهاده في مثل تلك الجهة لكن تساهل في العبارة.

الرابع: قوله: «مسافة ومؤنة»، وعبارة غيره: مشقة ومؤنة، وهي أعم فإنهما إذا تساويا في المسافة والمؤنة، لكن الجهاد في الجهة المنذورة أشق؛ لقوة الكفار أو عسر في الطريق على النفس - لم تحصل المماثلة، والمؤنة تدخل في المشقة؛ لأن المؤنة مما يشق عليه][1].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط في ط.

باب الأقضية(١)

وقوله: باب: كل كافٍ أهل للشهادات مجتهد، وهو من عرف أحكام الكتاب والسنة والقياس وأنواعها والإجماع والرواة والعربية وأقوال العلماء - أهل لقضاء وتحكيم ونيابة عامة بذى شوكة، فإن ولى مقلدًا نفذ، وعلى متعين ببلده طلبه، وحرم لغيره بعزل أو خوف خيانة، وندب لأصلح ولمثل بحاجة أو خمول وإلا كره.

أى: اعلم أن القضاء فرض على الكفاية(٢)؛ لقوله ﷺ: «لا يقدس الله أمة ليس فيهم من

(١) القضاء فى اللغة فله معان متعددة ترجع كلها إلى انقضاء الشيء وتمامه، ومن هذه المعانى:
الإلزام: ولذلك سمى الحاكم قاضيا؛ لأنه يلزم الناس الأحكام.
ومنها: الأمر؛ ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣] أى: أمر ذلك، ولا يصح أن يكون معنى قضى هنا: حكم؛ وإلا لما تخلف أحد عن عبادته؛ لأن ما قدره - تعالى - وعلمه لا يتخلف.
ومن هذه المعانى: الفراغ، ومنه قولهم: قضى فلان الأمر، أى: فرغ منه.
ومنها: الفعل، نحو قوله تعالى: ﴿فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ﴾ [طه: ٧٢] أى: افعل ما تريده.
ومنها: الإرادة، نحو: فإذا قضى الله أمرًا.
ومنها: الموت، نحو: ﴿قَضَىٰ نَحْبَهُۥ﴾ [الأحزاب: ٢٣].
ومنها: العلم، ومنه قولهم: قضيت إليك بكذا، أى: أعلمتك به.
ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ﴾ [الحجر: ٦٦] ومن هنا صح تسمية المفتى والقاضى قاضيًا؛ لأنهما معلمان بالحكم.
ومن معانيه: الفصل؛ ومنه قولهم: قضى بينهم بالحق.
ومنها: الخلق؛ كقوله تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ﴾ [فصلت: ١٢] أى: خلقهن.
ومن هذه المعانى: الحكم؛ كقوله: قضيت عليه بكذا، أى: حكمت عليه به.
وهذا المعنى الأخير مناسب للمعنى الاصطلاحى.
ومن هذه المعانى: التقدير؛ يقال: قضى الحاكم على فلان بالنفقة، أى: قدرها عليه.
ومنها: إقامة شيء مقام شيء غيره، ومن ذلك قولهم: قضى فلان دينه، أى: أقام ما دفعه إليه مقام ما كان فى ذمته.
وأما القضاء اصطلاحا:
فأولا - تعريف الشافعية:
القضاء عند الشافعية هو: فصل الخصومات بقول ملزم صادق عن ذى ولاية عامة

(٢) والأصل فى ثبوته فى الشرع: الكِتَابُ والسُّنَّة والإجماع والقياس:
أمَّا الكِتَابُ: فقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله تعالى: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٨].
ولأنَّ الله تعالى ذمَّ قومًا امتنعوا من الحُكم، ومدح قومًا أجابُوا إلى الحُكم؛ فقال تعالى: ﴿إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ [سورة النور: ٥١].
وأمَّا السُّنَّة: فإن النَّبِى ﷺ حَكَمَ بين النَّاس وبَعَثَ عليًّا إلى اليمن؛ ليحكم بين النَّاس.
=

يأخذ للضعيف حقه»[١].

فثواب الحاكم العادل عظيم، وما جاء فى التحذير من القاضى؛ كقوله: «من جعل قاضيًا فقد ذبح بغير سكين»[٢] فذاك لعظم خطره، أما الجائر فلا يخفى هلاكه، وأما العادل فذبحه ما يقاسيه من المشقة فى دفع هواه وعجزه عن رضا الكل.

وينبغى أن يتصف القاضى والمحكم ومن ينوبه القاضى نيابة عامة بالصفات المذكورة من كونه كفئًا غير عاجز عما تصدى له، ولا مغفل، ولا ضعيف رأى، وأن يكون أهلًا للشهادات كلها.

وقد جمع بهذه ما ذكروه من اشتراط الإسلام والحرية والتكليف والعدالة والذكورة؛ لأن الأنثى تشهد فى شىء دون شىء، والسمع؛ لأن الأصم لا يشهد على المسموعات، والبصر؛ لأن الأعمى لا يشهد إلا فى حال مخصوص. فلا يصح قضاء الكافر، ومن قلدناهم أمرهم منهم فتقليده رعاية لا يلزمهم حكمه إلا بالتراضى، ولا قضاء الرقيق؛ لنقصه وشغله لخدمة مولاه، ولا الأنثى؛ لأنها ليست أهلًا لمجالسة الرجال.

ولا الأعمى والأصم؛ لعجزهما عن الإدراك، فإن كان يسمع بالصياح جاز، ولا الأخرس وإن فهمت إشارته؛ لأنها إنما قبلت عند الضرورة ولا ضرورة إلى جعله قاضيًا أو شاهدًا.

ويشترط أن يكون مجتهدًا، والمجتهد من عرف أحكام الكتاب والسنة ولا يشترط معرفة ما سوى الأحكام منها، وعرف أحكام القياس وتمييز صحيحه من فاسده وأنواع كل واحد من الثلاثة؛ كالعام والخاص والمطلق والمقيد، المجمل والمبين والنص والظاهر، والناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة، ثم من السنة المتواتر والآحاد والمرسل والمسند

= وأمَّا الإجماع : فإنَّ الخلفاءَ الراشِدين حَكَمُوا بين النَّاس، وبعث أبو بَكرٍ أَنَس بأنَ مالكٍ إلى البَحْرَين ليقضى بين النَّاس، وبَعَثَ عُمَرُ أَبَا مُوسَى الأشعرى إلى البصرة قاضيًا، وبعث عبد الله ابن مسعود إلى الكوفة قاضيًا.

وأمَّا القياسُ : فلأن الظلم من شِيَم النفوس وطبع العالم ؛ ولهذا قال الشاعر [من الكامل]:

والظُّلْم مِن شِيمِ النُّفُوس فَإِنْ تَجِدْ
ذَا عِفَّةٍ فَلِعِلَّةٍ لَا يَظْلِمُ

وإذا كان كذلك، فلابدَّ من حاكم ينصف المظلوم من الظالم

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٢٥٦)، والبيهقى (١٠/ ٩٣) من حديث أبى سفيان بن الحارث وله شاهد من حديث جابر أخرجه ابن ماجه (٤٠١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧١)، والترمذى (١٣٢٥)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، والنسائى فى الكبرى (٣/ ٤٦٢).

وغير ذلك، وأنواع القياس كالجلى والخفى وغيرهما.

ومن عرف العربية لغة وإعرابًا؛ لورود الشرع بلسان العرب، ومن عرف الإجماع فى المسائل التى اتفق عليها العلماء من الصحابة فمن بعدهم.

ولا يشترط حفظها عن ظهر الغيب، بل يكفى أن يعرف مكانها من أبوابها فيراجعها وقت الحاجة إليها، ولا حاجة إلى ضبط جميع مواقع الأحكام كما قاله الغزالى.

ولا يثبت للمجتهد القضاء من غير تولية من الإمام أو من ذى شوكة متغلب على الإمام، ولو ولى فى زماننا الإمام مقلدًا نفذ للضرورة، لكن تشترط العدالة كما هو المعروف فى المذهب، إلا أن الغزالى فى الوسيط قال: الوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقًا.

قال الرافعى: وهذا حسن وجزم به فى المحرر، وقال ابن النحوى وابن الرفعة: واعترض ابن أبى الدم وغيره على الغزالى، وأنه لا نعلم أحدًا نقله غيره، قاله ابن أبى الدم مع تصفحه شروح المهذب فيه، بل قطع العراقيون والمراوزة بأن الفاسق لا ينفذ حكمه. انتهى.

وقد تبع الغزالى ابن الصلاح، وهو مناقض لما يقطعون به من أن القاضى ينعزل بالفسق.

نعم نقل ابن الرفعة عن صاحب الكافى: إذا عدم العدل، فالواجب تنفيذ قضاء الفاسق للضرورة.

فإذا كان فى البلد من يصلح للقضاء إلا واحدًا، لزمه أن يتعرض لطلبه لكن فى بلده، ولا يلزمه الهجرة إلى بلد آخر، بخلاف سائر فروض الكفاية المحوجة إلى السفر، ولا يعذر فى الخوف على نفسه من الميل والخيانة، بل ينفذ ويتحرز عن ذلك، ولا بأن يكون هناك قاض يعزل به.

هذا فى المتعين وحده، وأما غير المتعين فيحرم عليه طلب القضاء عند الخوف على نفسه من الميل، وعند وجود قاض صالح يعزل به، وإن كان الطالب أصلح.

فإن ارتكب المحظور وطلبه بالعزل أجيب وولى، فإن كان ذلك عند الضرورات وظهور الفتن نفذ قضاؤه. وكذا إن لم يخف فتنة على الأصح؛ مراعاة لطاعة السلطان.

وإن لم يكن هناك قاض ندب للأصلح أن يطلب القضاء كما يجب على المتعين.

وأما المماثل فإن كان عالمًا خاملاً، ولم ينتفع بعلمه لجهل الناس بحاله، أو به حاجة إلى الرزق المعد للقاضى، فيستحب لهما أيضًا طلبه وإلا فطلب القضاء مكروه، وعلم من

هذا أنه لا يباح للمفضول بحال.

وقوله: كالإمامة بقريشية وبيعة أو استخلاف، فإن استولى غيره صح.

أي: القضاء كالإمامة فى الشرائط المذكورة من التكليف ورتبة الاجتهاد والكفاية، لكن من الكفاية فى الإمام أن يكون شجاعًا مدبرًا للحرب.

وهو فى وجوب طلبها إذا تعين واستحبابه للأصلح وكراهيته للغير والقاضى سواء. وتزيد الإمامة باشتراط كونه قريشيًا لقوله ﷺ: «الأئمة من قريش»[(١)]. فإن فقد قريشى بهذه الشروط فكنانى ثم عربى.

ولا يشترط كون الإمام هاشميًا ولا معصومًا.

وتنعقد ببيعة أهل العقد والحل ممن يتيسر حضوره من العلماء والرؤساء ووجوه الناس، أو باستخلاف الإمام قبله، أو بالعهد إليه، وإنما تعتبر هذه الشروط عند الاختيار.

أما فى صورة الاستيلاء بالغلبة، فمن قهر الناس بشوكته وجنوده، انعقدت إمامته للضرورة وخوف الفرقة، وإن كان جاهلاً أو فاسقًا، وغير قرشى.

وعلى الإمام نصب القضاة، والبحث عن حال من يوليه منهم، ويجوز أن يفوض تولية القضاء إلى غير أهل؛ لأنه سفير محض.

ثم ليس لمن فوض إليه أن يختار والده ولا ولده، فإن قال لأهل البلد: اختاروا قاضيًا وولوه ففعلوا، انعقدت توليته.

وقوله فى الحاوى: أهل القضاء والنيابة العامة، إلى قوله: كالإمامة - فيه أمور:

أحدها: قوله: مجتهد عارف أحكام الكتاب، يريد أن المجتهد هو العارف أحكام الكتاب؛ لأن «العارف» وصف آخر للمجتهد وإن كان وضع الكلام يوهمه.

الثانى: قوله: وإن تعذر من ولاه ذو شوكة، صوابه: فمن ولاه ذو شوكة.

الثالث: أنه خصص تولية ذى الشوكة بحال التعذر، فأوهم أن المجتهد المتأهل للقضاء لا يحتاج إلى تولية ذى الشوكة، وليس كذلك، بل لا بد منه فيهما.

الرابع: قوله: كالإمامة، لم يذكر فى الإمامة زيادة وصف، ولا بد فيها من كونه قرشيًا، وأما كونه شجاعًا ذا رأى فيدخل فى قوله: كافيًا؛ لأن من لا يكون كذلك لا يكون كافيًا فى الإمامة.

وقوله: ويثبت بعدلين وبشهرة، ويعزل بخلل وأصلح ومصلحة، ونفذ دونها وثمَّ كافٍ،

---

(١) أخرجه ابن أبى عاصم فى السنة (٢/ ٥٣١، ٥٣٣) وله شاهد فى الصحيحين.

وينعزل ونائبه لا عن الإمام ولا قيم بخبره وعزل نفسه، ونحو جنون وعمى ونسيان وفسق لا إمام به ويخلع إن أمن.

أى: ويثبت قضاء القاضى المولى وعزل المنفصل[١] بخبر عدلين يخرجان معه فيخبران أهل البلد، بل إذا انتشر علم التولية واشتهر كفى؛ إذ هو المعهود فى السلف.

ويستحب أن يكتب له الإمام كتابًا بالتقليد؛ فقد كتب ﷺ لعمرو بن حزم رضوان الله عليه لما بعثه إلى اليمن[٢]، ولا يكفى الكتاب عن العدلين أو الاستفاضة.

ويستحب أن يقرأ تقليده بمحضر من الناس، وأن يتسلم ممن قبله المحاضر والسجلات والحجج المودعة فى ديوان الحكم، وأن يسأل عمن فى البلد من العلماء والعدول.

وأن يدخل يوم الاثنين، فإن عسر فيوم الخميس أو السبت، وأن تكون عمامته سوداء؛ اقتداءً بدخوله ﷺ مكة يوم الفتح كما فى حديث مسلم[٣]، وأن ينزل وسط البلد.

ولا يجوز للإمام عزل القاضى إلا بظهور خلل ولو بغلبة الظن، أو بمن هو أصلح منه.

وإذا كان فى عزله من هو صالح للقضاء مصلحة من تسكين فتنة ونحوها جاز وإن كان دونه.

فإن لم يكن شىء من ذلك وعزله عصى، ونفذ العزل مراعاة للطاعة إن كان رجل يكفى فى القضاء، وإلا فلا ينفذ عزله.

وينعزل القاضى بأمور منها:

أن يعزله الإمام وينتهى الخبر إليه، وهو معنى قوله: بخبره، فلا ينعزل قبل وصول الخبر إليه بخلاف الوكيل لعظم الضرر.

وينعزل بعزل نفسه وإن لم يعزله الإمام، وينعزل بانعزاله نائبُه الخاص فى واقعة وكذا العام على الأصح، إلا إذا أذن له الإمام أن يستنيب عن الإمام فاستناب عنه؛ لأنه يكون حينئذ سفيرًا فى التولية. فالأصح حينئذ أنه لا ينعزل كما لو نصب الإمام نائبًا عنه بنفسه. ولا ينعزل بموت القاضى قيم على يتيم أو وقف؛ لئلَّا تختل المصالح، فكأنه أقامهما عوضًا عن الميت والواقف.

---

(١) فى ط: المفضل.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه مسلم (١٣٥٨/٤٥١).

وينعزل القاضى أيضًا ونائبه بما إذا خرج عن أهلية القضاء بجنون أو إغماء أو عمى أو صمم أو خرس أو نسيان أو غفلة أو فسق.

وأما الإمام فلا ينعزل بالفسق[1]؛ لما فى إبطال ولايته من خوف الفتن، فإن أمكن خلع الإمام إذا فسق من غير فتنة خلع.

وقوله فى الحاوى: ويثبت [بشاهدين، إلى قوله: ونسيان وفسق، فيه أمور:

أحدها: قوله: ويثبت][2] بشاهدين، هكذا قالوا، وقالوا: ليس هذا على قواعد الشهادات؛ إذ ليس هناك قاض يؤدى عنه الشهادة.

الثانى: قوله: ونائبه لا العام عن الإمام، قد يوهم أن المنصوب فى الأنكحة إذا أذن له الإمام فى استنابته عن الإمام فاستنابه عنه أنه ينعزل بعزله، والمعروف غيره، ولا يقال: إن نيابته صارت عامة فإنه لا يفتقر إلى رتبة الاجتهاد.

[وقد نص فيما سبق: أن النيابة العامة تفتقر إلى ما يفتقر إليه التضامن من الاجتهاد][3].

الثالث: قوله: وينعزل بجنون وعمى ونسيان، لو قال: بنحو جنون . . . إلى آخره، لكان أولى؛ حتى يدخل الإغماء والصمم والخرس والغفلة.

وقوله: ولا قاضٍ بموت إمام وخلعه، ويشهد بقضاء قاض لا أنا، وندبًا بحث عن حُبَساء ومدعى ظلم يثبت خصمه، فإن غاب كتب له ثم خلى كأن جهل بعد نداء وحلف وكمعزر إن رأى، ثم عن مال يتيم ووقف عام وضال.

أى: ولا ينعزل القاضى والوالى بموت الإمام أو خلعه؛ لشدة الضرر فى تعطيل الأحكام إلى أن ينصب إمام آخر.

وإذا انعزل القاضى لم يقبل قوله: كنت حكمت بكذا، لكن يجوز أن يشهد أن قاضيًا قضى له بهذا، ولا يقول: إنى قضيت له؛ لأنه يشهد حينئذ على فعل نفسه.

فلو علم القاضى أنه الحاكم، لم يعمل بشهادته على الصحيح.

ويستحب للقاضى إذا أراد النظر فى الأمور أن يبحث أولًا عن المحبوسين فينظر: حبسوا بحق أم لا؟ ويأمر بالنداء أن القاضى ينظر فى أمرهم يوم كذا، فمن له حبيس فليحضر، ويبعث من يكتب له أسماءهم وفيم حبسوا؟ ومن حبسهم؟ فإذا جلس وحضروا أخذ ورقة ورقة، ونظر من فيها، وسأل عن خصم صاحبها، فإذا عرف أحضر بمحبوسه وسئل، فإن

---

(١) فى ط: بالجنون.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

اعترف بالحق فصل القاضى بينهما، فإن خلص منه نودى عليه فلعل له خصمًا آخر.

فإن لم يحضر أحد خلى بلا يمين، فإن قال: حبست بشهود غير عدول خلى فى الحبس، وبحث عن الشهود.

وإن قال: حبست ظلمًا، فعلى خصمه أن يثبت بالحق والقول قول المحبوس مع يمينه.

وإن ذكر أن خصمه غائب لم يطلق، وكتب إليه بالحضور، فإن لم يحضر أطلقه، وإن قال: لا خصم لى أو لا أعرفه، نودى عليه، فإن لم يحضر أحد حلف وأطلق؛ لأن دعواه أن لا خصم له يخالف الظاهر، فلا بد من تحليفه، وهذا لا يحبس فى مدة النداء ولا يخلى، بل يراقب، والذى حبس تعزيرًا يطلقه. فإن ظهرت له جناية[١] ورأى إدامة حبسه استدامه.

ثم يبحث عن مال اليتامى وتحت يد من هى، فإن حضر من يزعم أنه وصى، بحث عن وصايته، فإن أثبت بها نفذها، إلا أن يطرأ عليه فسق فينزع المال من يده.

ومن وجده ضعيفًا عنها ضم إليه من يعينه، وإن كان هناك مال وصى به، وزعم أنه سلمه لأربابه المعينين [أعرض عنه لأنهم يطالبون بحقوقهم، وإن كان لجهة عامة وهو عدل أمضى تصرفه، وإن كان فاسقًا ضمنه لتعديه بالتفرقة، وإذا فرق عدل غير وصى ما هو لمعينين][٢] خوف الضياع وقع الموقع. وإن كان لجهة عامة ضمن. ثم ينظر فى الأوقاف العامة وفى المال الضال واللقطة[٣]، فما لا يجوز تملكه، أو ما لم يختر ملتقطه التملك بعد الحول يحفظه على صاحبه، أو يبيعه ويحفظ ثمنه، وله أن يخلطه بمثله من بيت المال، فإن ظهر له مالكه غرم له من بيت المال.

وقوله: واتخذ كاتبًا عدلًا عارفًا شرطًا جيد خط بعفة وفقه، ومزكيين ومترجمين يشهدان بما فهما كمسمعى أصم بأجر على المنتفع، وحفظ نظم[٤] ما سجل وشاور الفقهاء، وزبر من أساء، ثم عزر ببذاء[٥] على شاهد زور.

أى: ومن آداب القاضى أن يتخذ كاتبًا للحاجة إلى كتب المحاضر والسجلات، وقد كان لرسول الله ﷺ كُتَّاب منهم زيد بن ثابت[٦].

ويشترط أن يكون الكاتب عدلًا؛ لتؤمن خيانته، وأن يكون عارفًا بما يكتبه، ولا يشترط

---

(١) فى ط: خيانة.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: اللقيط.
(٤) فى متن «الإرشاد»: نظير.
(٥) فى متن «الإرشاد»: بنداء.
(٦) يشير بذلك إلى حديث زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب اليهود . . . =

العدد.

ويستحب أن يكون جيد الخط مع العفة عن المطامع، وافر العقل؛ لئلا يخدع، وأن يكون فقيهًا، والأولى أن يجلسه بين يديه، ويشاهد ما يكتب.

وأن يتخذ مزكيين وأصحاب مسائل، والمزكون هم الذين يرجع إليهم فى معرفة الشهود، وأصحاب المسائل هم سفراء القاضى إليهم، والمزكى شاهد فلا بد من اثنين يزكيان الشهود، وليس للمزكى أن يشهد حتى يعلم العدالة أو الفسق وأسبابهما.

ويستحب أن يكون للقاضى مترجمان؛ لأنه يرد عليه من العجم من لا يفهم لغته، والمترجم شاهد كالمزكى، فلا بد من عدلين.

وإن كان بالقاضى صمم اتخذ مسمعين يشهدان أيضًا بلفظ الشهادة فيقول: قل أشهد إنه يقول كذا وكذا.

ولا يحتاج لفظ الشهادة، ولا العدد فى إخبار الخصم بجواب القاضى.

وأجر الكاتب والمزكيين [والمترجمين][(١)] والمسمعين على من ينتفع بهم، إذا لم يكن لهم رزق من بيت المال، وأجر الكاتب على من يكتب له من مدع ومدعى عليه.

وأجر المزكيين على من يزكى له منهما، وأجر المترجمين والمبلغين على كلا الخصمين بقدر انتفاعهما.

قال فى الروضة: فعلى هذا إذا قلنا: لا يرزقان من بيت المال، فمؤنة ما يترجم به للمدعى عليه على المدعى عليه، وقال فى الجواهر: قال الغزالى: وتكون أجرته على صاحب الحق.

وقال الإمام: على كل واحد من الخصمين قدر أجرة مثله فيما يتعلق بحصته وخصومته. انتهى.

ويستحب للقاضى إذا حكم بشىء أن يكتب به نسختين: نسخة يضعها فى ديوان الحكم ويختم عليها ويعنونها باسم الخصمين، ونسخة لصاحب الحق، ويجعل سجلات كل أسبوع إضبارة، ويكتب على رأسها: كتب أسبوع كذا، ويذكر الشهر والسنة.

وينبغى للقاضى أن يجيب من سأل كتاب محضر بما جرى عنده من دعوى وبينة وحلف ونكول ليحتج به، لكن إن لم يكن له ورق من بيت المال ولا أتى به الطالب، لم يلزم

= الحديث. أخرجه البخارى معلقًا (٧١٩٥)، ووصله أحمد (٥/١٨٦)، وأبو داود (٣٦٤٥)، والترمذى (٢٧١٥).

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الحاكم إجابته، وكذا إن كان على الأصح؛ لأن الحق بالشهود لا بالكتاب، لكن يستحب إجابته، وإذا سأله الحكم بما ثبت له لزمه إجابته ولزمه الإشهاد عليه، ولا يلزمه التسجيل على الأصح.

ويستحب أن يشاور الفقهاء فى الواقعة ويحضروا مجلسه؛ لأن المشاور أبعد عن التهمة، وليكونوا من صلحاء الفقهاء فمشاورتهم أطيب للنفوس.

وإذا أساء أحد الأدب فى مجلسه بأن صرح بتكذيب الشهود وإيذاء الخصم زبره ونهاه، فإن عاد هدده وصاح عليه، فإن لم ينزجز عزره بما يقتضيه اجتهاده.

ولو أساء إلى القاضى ووصفه بالظلم والميل، جاز أن يعزره وأن يعفو، والعفو أولى إن لم يستضعف، ويعزر شاهد الزور بما يراه من حبس وضرب.

وينبغى أن ينادى عليه فى سوقه أو قبيلته أو مسجده ليحذر الناس منه.

وإنما تثبت شهادة الزور بإقراره أو يعلم القاضى القطع به؛ بأن يشهد على زيد أنه فعل كذا يوم كذا بالكوفة، وقد رآه القاضى فى ذلك اليوم ببغداد.

وقوله فى الحاوى: وإدامة[1] النظر فى المحبوس، إلى قوله: والأجر[2] على المستحق - فيه أمور:

أحدها: قوله: فإن لم يحضر أطلق كالمظلوم، أما فى الغائب إذا طلب ولم يحضر فكما قال، وأما فى المجهول إذا نودى عليه ولم يحضر فإنه لا يطلق كما يطلق المظلوم، بل لا بد من تحليفه.

الثانى: قوله: ثم يرتب كاتبًا مسلمًا عدلًا، أهمل من الشروط أن يكون عارفًا بما يكتب كما ذكره فى العزيز والروضة.

وذكر العدل هنا يغنى عن اشتراط المسلم.

الثالث: قوله: والأجر على المستحق، لو قال: على المنتفع، لكان أعم؛ فإن الكاتب قد يكتب للمدعى عليه، والمزكى قد يزكى للمدعى عليه من شهد بالاستيفاء، وقد يشهد بجرح الشهود، والمبلغ يبلغ عن المدعى وعن المدعى عليه فكلاهما انتفعا.

وقوله: وليُسوِّ بين الخصمين، وله رفع مسلم، وليقدم بخصومة من سبق أو قرع، وله تقديم ما قل من سفر ثم نساء وزاد مسافرًا ما لم يضر كمفت ومدرس.

أى: ويجب على القاضى أن يسوى بين الخصمين فى الإذن والاستماع والطلاقة ورد

(١) فى ط: وأدبه.
(٢) فى ط: والآخر

السلام وسائر وجوه الإكرام.

فإن سلم أحدهما فلا بأس أن يقول للآخر: سلم؛ حتى يرد عليهما معًا، وندب جلوسهما بين يديه، فإن كان أحدهما كافرًا، رخص له فى رفع المسلم على الكافر - على الأصح - فى المجلس.

قال الرافعى: ويمكن جريان الوجهين فى سائر وجوه الإكرام، قال ابن النحوى: قلت: وقد صرح بذلك الفورانى. وينبغى أن يتلقى الخصمين بالسكينة، ولا يضحك إلى أحدهما ولا يشير إليه ولا ينهرهما بغير إساءة، ولا يشوش على الشهود ولا يشككهم، ولا يلقنهم، فلا يلقن الدعوى ولا الإقرار ولا الإنكار، إلا فى حدود الله تعالى فله التعريض بالإنكار، وله أن يسأل من ادعى عليه دراهم أهى صحاح أم مكسرة؟

وإذا ثبت الحق عرف الخصم أنه يريد أن يحكم عليه بعد أن يندبهما[1] إلى الصلح ويستأذنهما فى تأخير الحكم يومين أو ثلاثة، فإن لم يرضيا حكم.

وإذا ازدحم أرباب الدعوى فمستحق التقديم هو السابق، فإن جاءا معًا أقرع، لكن للقاضى أن يقدم من أراد أن يخرج للسفر؛ لئلا ينقطع عن الرفقة.

فإن كانوا مقيمين فله تقديم المرأة على الرجل وإن كان سابقًا؛ لأنها عورة لترجع إلى بيتها، وإنما يقدم المسافر والنساء على السابق إذا قلوا، فإن كثروا قدم السابق.

قال الرافعى: ولا ينبغى أن يفرق بين كون المسافر مدعيًا أو مدعى عليه، وقال فى الإظهار: وحيث قدمنا بالسفر والأنوثة، فلا فرق بين المدعى والمدعى عليه.

وحيث قدمنا بالسبق والقرعة، فالاعتبار بالمدعى لا المدعى عليه.

وقال الرويانى: المريض إن كان مطلوبًا قدمه القاضى، وإن كان طالبًا استحب للسابق تقديمه.

ثم السابق وغيره إنما يقدم بحكومة واحدة. ويسمع كل دعاوى المسافر ما لم يضر بالمقيمين إضرارًا بينًا على الأرجح.

وعلمت من قوله: من سبق أو أقرع، أنهما إذا جاءا معًا يقرع بينهما، وأن من قرع منهما صاحبه كان له حكم السابق.

وللمفتى والمدرس فى التقديم حكم القاضى، هذا فيما يعلمه فرض كفاية، وإن لم يكن فرض كفاية فله تقديم من شاء.

---

(١) فى ط: يبديهما.

[وقوله فى الحاوى: «وليُسَوِّ بين الخصمين» إلى قوله: «كالمفتى والمدرس» فيه أمور:

أحدها: قوله: «رفع المسلم فى المجلس» خصص المجلس، وقد بينا أنه فى سائر وجوه الإكرام كذلك.

الثانى: أنه أطلق تقديم المسافر والمرأة كذلك إذا قلُّوا فأما إذا كثروا فإن التقديم بالسبق أو القرعة كما ذكره فى «الروضة».

الثالث: أنه جزم بتقديم المسافر ثم المرأة ثم السابق ثم القرعة، إما جزم استحباب أو استحقاق، وليس على إطلاقه، ثم التقديم بالسبق مستحق لازم، ثم اختلفوا فى تقديم المسافر ثم المرأة على السابق، فقيل: هو بين مستحق وبين ضعيف، والأصح: أنه رخصة، وقال النووى: قلت: الأصح المختار أنه مستحب، ولا يحسن هذا الترتيب إلا على الوجه الضعيف، فلو قال: وله تقديم مسافر، ثم امرأة على سابق؛ ليعلم أن التقديم بالسبق مستحق، وأن تقديم المسافر والمرأة رخصة.

الرابع: أنه جزم أن التقديم للجميع بخصومة واحدة، والأرجح كما قال النووى فى الروضة فى المسافر: أن دعاويه إن كانت قليلة أو خفيفة بحيث لا تضر بالباقين إضرارًا بينا قدم بجميعها، وإلا فيقدم بواحدة][(١)].

وقوله: وقعد بمجلس رفيق، وكره له مسجد لا لطارئ، وبواب وحاجب لا لزحمة وقضاء، وثم مشوش ومعاملة ولو بوكيل إن عرف، وحضور وليمة خص بها، ولخصم حرم كهديته ومحدثة غير ولم يملك، وندب رد معتادة أو ثواب.

أى: ويستحب للقاضى أن يقعد فى مجلس رفيق لا يتأذى فيه الحاضرون بالزحام والحر والبرد والغبار والدخان.

والأولى أن يجلس مستقبلاً على مرتفع كدكة، ويفرش له، ويوضع له وسادة؛ ليعرف ويهاب.

ويكره أن يتخذ المسجد للقضاء، فإن طرأ تحاكم إليه فى المسجد اتفاقًا وفصل الحكومة فلا حرج.

ويكره للقاضى أن يتخذ بوابًا على بابه أو حاجبًا بين يديه؛ لقوله ﷺ: «من ولى من أمور أمتى شيئًا فاحتجب عن حاجتهم، احتجب الله عنه يوم القيامة»[(٢)]، فإن كان زحام لم يكره اتخاذهما.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٤٨)، والحاكم (٤/ ٩٣، ٩٤).

ويكره أن يقضى بين الناس فى حالة مشوشة لخاطره، كحالة الغضب والجوع والشبع المفرطين والألم والخوف المزعج والحزن والفرح الشديد وغلبة النعاس والملل والتوقان إلى الطعام الحاضر ومدافعة الأخبثين، وذلك مأخوذ من قوله ﷺ: «لا يقضى القاضى وهو غضبان»[١].

ويكره له معاملة الناس بمثل البيع والشراء والإجارة وكذا بوكيل معروف له؛ لأنه قد يُحابَى بسبب القضاء فيميل قلبه إلى من حاباه إذا حاكم خصمًا.

قال شريح: اشترط علىّ عمر[٢] - رضى الله عنه - حين ولانى ألا أبيع ولا أبتاع ولا أقضى وأنا غضبان.

ويكره للقاضى حضور وليمة عملت لأجله خاصة، ولا يكره له حضور الوليمة العامة، فإن خص بها الأغنياء فهى مكروهة، ولا يخص بالإجابة أحدًا دون أحد، فإن جرت له عادة بذلك قبل قضائه فلا حرج.

ويحرم أن يحضر وليمة من له خصومة وإن كانت عامة؛ لأنه قد يزيد فى إكرامه فيميل قلبه إليه.

وتحرم هدية الخصم وإن كان معتاد الإهداء إليه، وكذا كل هدية محدثة لم تكن معتادة فإنه يحرم قبولها، فإن كان صاحب الهدية يعتاد أن يهدى قبل القضاء وكانت القدر المعتاد جاز قبولها ولكن الأولى أن يردها، وإن قبلها فيثيب عليها أو يضعها فى بيت المال.

ويجوز قبول الهدية فى غير محل ولايته ولها حكم الهدية المعتادة.

وعلم من تحريم الهدية تحريم الرشوة على الحكم من طريق الأولى، وكل ما حرم عليه أخذه لا يدخل فى ملكه إذا أخذه.

وقوله: ونقض حكمًا بخلاف نص وقياس جلى كنكاح زوجة مفقود لأربع سنين وعدة، لا بفاسقين وغير ولى ولا نفى خيار مجلس وعرايا وذكاة جنين وقصاص فى مثقل.

أى: وينقض القاضى حكم نفسه وحكم غيره إذا خالف الحق سواء كان قطعيًّا كمخالفة الكتاب والسنة المتواترة، أو ظنيًّا كمخالفة خبر الواحد والقياس الجلى؛ فينقض بمخالفة النص قضاء من حكم بالفرقة فى اللعان قبل استكمال كلماته الخمس، ومن قضى بسقوط الحد عمن عقد نكاحًا على أمةٍ وبنتها، وينقض لمخالفة القياس الجلى قضاء من حكم بصحة نكاح زوجة المفقود بعد أربع سنين ومدة العدة؛ إذ كيف يجعله حيًّا فى حق المال،

(١) أخرجه البخارى (٧١٥٨)، ومسلم (١٧١٧/١٦).
(٢) فى ط: شرع لى عمر.

فلا يقسم ميراثه ويجعله ميتًا فى حكم النكاح، والاحتياط للبضع أولى.

وأما القضاء بنفى ثبوت خيار المجلس، وبنفى صحة بيع العرايا، وبنفى ذكاة الجنين بذكاة أمه، وبنفى القصاص فى القتل بالمثقل - فإن الصحيح أنه لا ينقض قضاء القاضى بها كما لا ينقض نكاح بلا ولى أو بشهادة فاسقين، وقد قطع فى الحاوى بنقض الحكم فيها، وهو خلاف الصحيح كما نقله فى الروضة عن الرويانى.

قال الرافعى: ويوافق قول الرويانى ما ذكرناه فى باب النكاح بالحكم بالصحة بلا ولى، لكنه نسب النقض إلى المحققين، وحذفه النووى من الروضة واقتصر على تصحيح الرويانى.

وقوله: وسكت أو قال: ادَّعِ، والمدعى مكلف ملتزم يذكر خفيًّا كأسلمنا معًا، وجاز جحد جاحد وتقاصا كدينى نقد بصفة حلا وبلا فتنة أخذ لا عقوبة ماله ومن مماطل جنس دينه ثم غيره وضمن لا ما تعين طريقًا كنقب وزائد وباع وتملك جنسه ورديئًا بجيد لا عكسه.

أى: وللقاضى إذا جلس للمتخاصمين أن يسكت، وله أن يقول للمدعى إذا عرفه: ادَّع، وذلك من غيره أولى.

ثم المدعى شرطه أن يكون مكلفًا ملتزمًا؛ فلا تسمع دعوى صبى ونحوه، وهذا يعم المسلم والكافر غير الحربى؛ لأنه غير ملتزم. ويعم الحر والعبد والسفيه فالسفيه يدعى ويحلف ولا يأخذ المال إلا الولى، والمدعى من الخصمين من يذكر أمرًا خفيا يخالف الظاهر؛ ولذلك جعلت البينة عليه، وقيل: هو من يخلى وسكوته، فإذا ادعى زيد مالًا عند عمرو أو عليه، فزيد يدعى خلاف الظاهر، وهو أيضًا المخلى وسكوته.

وقد يختلف التعريفان: كما إذا أسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا فقال الزوج: أسلمنا معًا، فالنكاح باق، وقالت المرأة: بل تعاقب الإسلامان فلا نكاح بيننا - فالزوج هو المدعى على التعريف الأول؛ لأنه يدعى خلاف الظاهر، وعلى التعريف الثانى المرأة هى المدعية؛ لأنها لو سكتت عن منازعة الزوج خليت وسكوتها.

وللمدعى عليه أن يجحد مثل حقه من حق المدعى إذا جحد المدعى حقه إذا كان من جنسه وتقاصا، وكذا إن كان من غير جنسه، فيجحد قدر قيمته للضرورة؛ كما يتقاصان فى الدينين المتساويين فى الصفة.

والتقاص فى الدينين شرطه على الأصح أن يكونا نقدين مستويى الصفة والصحة[1] والتكسير والحلول، فلا يتقاصان فى حالٍّ بمؤجل ولا عكسه.

---

(١) فى ط: مستوفى الصفة فى الصحة.

وهل يتقاصان في مؤجلين اتحد أجلهما؟ قال صاحب التهذيب: الصحيح أنهما لا يتقاصان فيهما قبل الحلول؛ لأن كلًّا منهما لا يستحق مطالبة صاحبه.

والتقاص هو التساقط قصاصًا، ولا حاجة إلى رضا الشخصين على الأصح.

وإذا كان الدينان من غير الأثمان، فلا تقاص على الصحيح.

ولا يأخذ في العقوبات، كالقصاص وحد القذف بغير الحاكم. وللمدعي أخذ ماله إن كان عينًا وقدر على أخذه من غير تحريك فتنة وإلا فيرفع إلى الحاكم.

وأما الدين فإن كان على مقر غير ممتنع فلا يجوز الأخذ بغير إذنه، فإن أخذ شيئًا لم يملكه ووجب رده، وإن كان جاحدًا جاز له أن يأخذ جنس حقه إذا وجده، فإن لم يجد الجنس جاز له أخذ غيره؛ لحديث هند رضي الله عنها: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرًّا وهو لا يعلم، فهل علي في ذلك شيء؟ فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١]، ولم يفرق بين أن يكون من جنسه وغيره.

وكذلك إذا لم يكن جاحدًا، لكنه مماطل محتاج إلى المرافعة إلى القاضي على الأصح؛ لما في ذلك من المشقة وتضييع الزمان.

وإذا أخذ غير جنس دينه كان ضامنًا به على الأصح، فإذا تلف في يده ضمنه ضمان المقبوض على وجه السَّوْم.

والأصح أنه ضمان المغصوب حتى يبيعه ويشتري بقيمته مثل دينه ويتملك.

فلو تلف قبل البيع حسب عليه وتقاصا، ولو لم يتوصل إليه إلا بنقب أو كسر قفل ونحوه لم يضمن ما هو طريق إليه.

ولو أخذ أكثر من قدر حقه نظرت: فإن كان يمكنه أن يأخذ حقه ضمن الزائد أيضًا، وإن لم يمكنه أخذ قدر حقه كان الزائد في يده أمانة على الأصح.

وإذا أخذ غير الجنس باعه بنقد البلد واشترى به مثل جنس حقه ويملكه، ولا يحتاج مراجعة القاضي على الصحيح إلا إذا علم.

وحكى الإمام عن المحققين من الأصحاب أنه يجوز بيعه بمثل جنس دينه من غير توسط النقد.

ولو كان حقه دراهم صحيحة فظفر الغريم بمكسرة أو رديئة، جاز له تملكها؛ لأنها

(١) أخرجه البخاري (٢٢١١)، ومسلم (٧/ ١٧١٤)، وأبو داود (٣٥٣٢)، وابن ماجه (٢٢٩٣).

جنس وقد قبل دون حقه، وإن كان بالعكس لم يجز؛ لما فيه من زيادة العوض.

ولا يشترى بالصحاح المكسرة، بل يشترى بالصحاح دنانير ويبيعها بمكسرة؛ فرارًا من الربا.

وكذا إذا باع غير الجنس له أن يشترى المكسرة ويتملكه على الصحيح ولا عكس.

[وقوله فى الحاوى: «وتقاصا كدينين تساويا» إلى قوله: «وغير جنس دينه ضامنا» فيه أمور:

أحدها: قوله: «كدينين تساويا صفة» لم يقيد بالنقد فاقتضى أنه إذا استوى الدينان جنسا وصفة حصل التقاص وإن لم يكونا نقدين، وهو وجه، والمذهب كما قال فى الروضة: أنه لا تقاص فى غير النقدين.

الثانى: اقتصاره على اتحاد الوصف يقتضى أنه يجوز بمؤجلين اتحد محلهما، وهو ما قاله الإمام، والذى قاله صاحب التهذيب والجارى على القواعد: أنه لا يجوز أن يتقاصا قبل الحلول؛ لأن كلا منهما ليس له مطالبة صاحبه فكيف يقتص بما ليس له طلبه، وبيع الدين بالدين لا يجوز.

الثالث: قوله: وغير جنس دينه ضامنا، أطلق جواز أخذ غير الجنس، وأخذه لا يجوز إلا إذا لم يجد جنس دينه كما نصوا عليه][1].



(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الدعوى وشروط صحتها

وقوله: وشرط الدعوى ذكر تلق إن أقر، لا إن نزع بحكم. ولنقد ذكر جنسه ونوعه وقدره، ولمضبوط وتالف مثلى صفة سلم، وإلا فقيمة لا فى قرض ووصية وإقرار وممر ورضخ ومتعة وحكومة وإيتاء، ولعقار جهة وبلد وسكة وحدود، ولنكاح ولى، وشاهدين عدول، ورضا شرط بخوف عنت، وفقد طَوْل فى أمة وإن لم تدع مهرًا ونفقة، ولقتل ذكر عمد، أو شبهه أو خطأ وحده أو بشركة وحصر لا بعمد.

أى: ولا تسمع الدعوى إلا بشروط، فمن ذلك ذكر التلقى، فمن أقر لرجل بعين ثم ادعاها، فإنها لا تسمع حتى يذكر انتقالها إليه منه، أو ممن انتقلت منه إليه.

ولو كان تحت يد رجل دار، فأثبت بها آخر عند الحاكم وأخذها بحكمه، ثم جاء من نزعت من تحت يده يدعيها، لم يحتج إلى ذلك التلقى لثبوت يده.

وإن كان ما يدعيه نقدًا، اشترط بيان جنسه ذهبًا أو فضة، ونوعه: كالقاشانى والسابورى، والقَدْر: كالأوقية، والمثقال، والدرهم المتعارف.

وإن كان غير نقد نظرت: فإن كان عينًا لا تضبط بالصفة، ضبطت بالقيمة. وإن كانت تضبط بالصفة: كالحبوب والثياب والحيوان، وصفها بصفات السلم، ولا يشترط ذكر القيمة.

هذا إذا كانت باقية، فإن تلفت نظرت: فإن كانت من ذوات الأمثال فالحكم كذلك. وإن لم تكن مثلية، وجب ذكر القيمة؛ لأنها الواجبة حينئذ.

وإن ادعى سيفًا محلى، اشترط ذكر قيمته، فإن كانت الحلية ذهبًا قوم بالفضة، أو فضة قوم بالذهب، أو ذهبًا وفضة قوم بأحدهما للضرورة. ويستثنى مما يشترط معرفته تسعة[١] أشياء:

أحدها: فرض المهر أو المتعة، فإذا ادعت المفوضة استحقاق الفرض، أو المطلقة المتعة، سمعت دعواها مع الجهالة؛ لأن التقدير إلى الحاكم.

الثانية والثالثة: الوصية والإقرار، فلو أوصى لإنسان بشىء مجهول، أو أقر له بشىء مجهول، جاز أن يدعيه مع جهالته.

الرابعة: أنه إذا ادعى ممرا له، أو لمائه فى ملك رجل، فإنه لا يحتاج إلى التعريف فى قدر الطريق والمجرى، على الأشهر، بل يكفى تحديد ما فيه الممر.

---

(١) فى أ: خمسة.

الخامسة: أن يدعى أن له فى الغَنِيمة رَضْخًا يستحقه، فتسمع دعواه مع جهالته.

السادسة: أن تدعى المطلقة المتعة، فتسمع مع الجهالة.

السابعة والثامنة: أن يدعى المجروح الحكومة والمكاتب الإيتاء، فتسمع دعواهما أيضًا مطلقًا هكذا.

التاسعة: دعوى ثواب الهبة على قول.

وإن ادعى عقارًا، فلا بد من التعريف بنحو الجهة، والبلد، والسكة، والحدود.

وإن كانت الدعوى نكاحًا فلا بد أن يذكر أنه تزوج بولى عدل وشاهدين عدول ورضاها، إن كانت ممن يشترط رضاها، سواء كان المدعى الزوج أو الزوجة.

ويشترط فى نكاح الأمة أن يذكر أيضًا خوف العنت والعجز عن طَوْل حرة، ولا يحتاج إلى تعيين الولى ولا الشهود.

وأما سائر العقود المالية، فلا تحتاج إلى ذكر التفصيل، بل يكفى أن يقول: باعنى وآجرنى بيعًا صحيحا وإجارة صحيحة؛ لأن المال أخف شأنا؛ ولهذا لا يجب فيها الإشهاد بخلاف النكاح، ولا بد من أن يقول: ويلزمه التسليم، كما سيأتى.

ولا يشترط فى دعوى المرأة النكاح مطالبة بمهر ولا نفقة، فإن أنكرها الزوج لم يكن إنكاره طلاقًا.

وإذا أقامت البينة استحقت المهر والنفقة، وإن لم تكن بينة وحلف فلا شىء عليه، وإن نكل وحلفت استحقت المهر والنفقة.

وإن كانت الدعوى قتلاً، فلا بد أن يذكر أنه قتل عمدًا، أو خطأ، أو شِبْهَهُ، منفردًا أو بشركة، فإن قال: القتل بشركة، وجب حصر الشركاء فى الدعوى. وإن كان القتل موجبًا للدية، فإن قال: لا أعرف عددهم، لم تسمع دعواه.

وإن قال: أعلم أنهم لا يزيدون على عشرة سمعت، ولزمه إن نكل وحلف المدعى عشرُ الدية.

فإن كان القتل عمدًا لم يشترط حصرهم؛ لوجوب القصاص على كل واحد منهم.

[وقوله فى الحاوى: «فإن ادعى صحيحة فذكر التلقى» إلى قوله: «بشركه يحص» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وجنس الثمن والنوع والقدر» قد يتوهم أنه يريد جنس ثمن عوض ونوعه وقدره وليس كذلك، وإنما أراد جنس ما يجعل ثمنًا، وهو الذهب والفضة؛ لأن العروض إذا تلفت إنما تذكر قيمتها لا أثمانها، فلو قال: وجنس النقد كعبارة «الروضة» لم

يشكل.

الثاني: قوله: «لا ى الفروض والوصية والإقرار» بقى رابع وخامس وهو الممر والرضخ، فإنه تصح دعواهما مجهولين ويكفى معرفة الأرض التى فيها الطريق.

الثالث: قوله: «بولى وشاهدى عدل» الأصح أنه لا بد من وصف الولى بالعدالة، وفى لفظ الشافعى «بولى وشاهدى عدل» لكنهم حملوه على القول بعدم اشتراط العدالة فى الولى.

وقال ابن الرفعة: قوله «عدل» يرجع إلى الشاهدين، والولى؛ لأنه يقال: قوم عدل كما يقال: رجل عدل، وما قاله صحيح فى أن وصف عدل يصلح وصفًا للواحد والجمع، لكنها هنا وقعت معمولة للمضاف وهو «شاهدى» فاختص به، فلا يجوز أن يكون صفة لغير فلو قال: بولى وشاهدى عدل يحسن أن يقال: إنه وصف الجميع.

وعدلت إلى الجمع فقلت: عدول، وهو جمع عدل؛ كما ذكره صاحب الصحاح؛ لأنه أظهر][1].

وقوله: على مكلف عين ولغت بتناقض، كشهادة باينت كقتله وحده، ثم آخر، فيؤاخذ مقر صدق، وسأله: إن أجمل، وعذر إن فسر بغير، وأن يقول: يلزمه التسليم، وكفى يمنعنى دارى - فيسكت؛ ليستعديه، أو يقول له: أجب. ولو قال: الدعوى إلى فيجيب مقبول إقرار، كعبد فى قصاص وحد قذف، وسيد فى أرش، ومجبر، أو هى فى نكاح.

أى: يشترط لصحة الدعوى أن تكون على مكلف معين، فلا تسمع على غير المكلف، وتسمع على الحربى، ولا تسمع على أحد هذين الرجلين.

فلا بد من تعيين الخصم، وتسمع على جماعة معينين.

وإذا ادعى دعوى ثم ادعى ما يناقضها، كما إذا قال: قتل مورثى وحده، ثم ادعى أن رجلًا آخر قتله وحده، أو شارك فى قتله، فإن الثانية تلغو، وكذا الأولى إن لم يكن قد حكم بها. نعم إن أقر المدعى عليه فى الثانية، أخذناه بإقراره، وحملنا كلام المدعى فى الأولى على الغلط.

وكذلك الشهادة المناقضة للدعوى لا تسمع أيضًا: كما إذا ادعى ملكًا بإرث، فشهد الشاهد إنه بشراء.

وإذا أجمل المدعى الدعوى، سأله القاضى أن يفصلها بلا تلقين.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فإذا قال: قَتَل مورثي، سأله: أقتله وحده؟ فإذا قال: نعم، قال: أعمدًا أم خطأ؟ فإن قال: عمدًا، قال له: ما العمد؟

فإذا وصف العمد بما ليس عمدا، لم تبطل دعواه؛ لأنه قد يظن ما ليس عمدًا عمدًا، فيعتمد على تفسيره، فيدعيه ويمضى حكمه.

وكذا لو فسر الخطأ بشبه العمد، أو بالعمد فإنه يعذر.

ولا يجوز أن يلقن أحد الخصمين كيف يدعى أو يجيب.

ويشترط أن تكون الدعوى ملزمة للتسليم، فإذا ادعى شراء، أو هبة، أو دينًا، قال: ويلزمه التسليم إلى؛ لأنه قد يهب ولم يُقْبِض، ويبيع ويفسخ فى المجلس، وقد يكون الدين مؤجلاً.

وإن ادعى عقارًا قال: هو ملكى يلزمه تسليمه إلى، وقد يكون تحت يد المدعى وغرضه قطع المنازعة، فيكفيه أن يقول: هو ملكى، وهو يمنعنى منه.

فإن قال المدعى: مره بالجواب لدعواى، أو بالخروج عن حقى ونحوه، طالبه وإلا، فهل للقاضى أن يطالبه بالجواب؟ وجهان: الأصح نعم؛ لأنه الغرض من الحضور، فيقول له القاضى: أجب، فلو قال المدعى عليه: أنا المدعى، لم يلتفت إليه، بل يلزمه أن يجيب، فإذا كان له دعوى ادعاها بعد الجواب.

واعلم أن الرافعى قال: يمكن أن يقال: إن قول المدعى: مره بالخروج عن حقى، أو سله جواب دعواى ونحوه - يغنى عن قوله: ويلزمه التسليم إلى، وأن من شرط لزوم التسليم بناه على أن المطالبة بالجواب لا تشترط، وبه قطع صاحب الحاوى، ثم إنما يؤمر بالجواب، ويجيب من يؤاخذ بإقراره. فإن كانت الحكومة فى جناية عبد نظرت: فإن أوجبت القصاص أو حد القذف، فالدعوى على العبد لا على السيد؛ لأن العبد إذا أقر بموجب القصاص أو الحد، لزمه، وإن أوجبت أرشًا كجناية الخطأ، فالمطالب بالجواب السيد؛ لأن العبد إذا أقر[1] بما يوجب المال لا يلزمه.

وإن كانت فى نكاح، فالدعوى على المجبر، أو على المرأة، من حضر منهما أجاب؛ لأن إقرار كل منهما مقبول. وعلم من ذلك أن غير المجبر لا يجيب.

[وقوله فى الحاوى: «كانفراده بقتل ثم بشركة آخر» إلى قوله: «والمجبر فى النكاح» فيه أمور:

---

(١) فى أ: إقرار العبد.

أحدها: قوله: «كانفراده بقتل ثم بشركة آخر»، قال ابن النحوي: لو قال: كانفراده بقتل ثم آخر؛ ليعم ما إذا ادَّعى الشركة وما إذا ادعى أن آخر قتله منفردًا - وكان أخصر أيضًا.

الثانى: قوله: ولزم التسليم، أو أنه يمنعنى منه، أو مره بالخروج عن حقى، أو سله جواب دعواى - فخيره فى هذه، وليس هو على التخيير فى ذلك بل من شرط الدعوى أن يكون يلزمه التسليم، وهذا الذى ذكره احتمال ذكره الإمام والرافعى.

الثالث: قوله: «والعبد فى مقبول إقرار» ليس ذلك مختصًا بالعبد، فلو قال: طالب مقبول إقراره؛ ليشمل العبد والمجبر ومن فى معناهما][1].

وقوله: ولا تقدم بينة نكاح بيد، وتقدم على بينة إقرار به لم تسبق، فإن أقر لمدع ثبت، أو لغير لا مكذب ومجهول [صدق، وله تحليفه حيث لا بينة، ولا يقيمها للغائب][2] ولا يملك ورجحت بينة المدعى، فإن حضر عكس.

أى: والمرأة لا تدخل تحت يد الزوج، فإذا كانت امرأة تحت رجل بالنكاح، فادعاها آخر، وأقام كلٌّ بينة - لم ترجح بينة الداخل باليد، فينظر:

إن اتفق التاريخ أو أطلق فقد تعارضتا، ولا تجىء[3] القسمة ولا القرعة.

وإن اختلف التاريخ قدم السابق. نعم تقدم البينة التى تشهد بعقد النكاح على بينة تشهد بإقرارها به، كما لو أقام رجل بينة أن زيدًا غصب داره، وأقام آخر بينة أن زيدًا أقر له بها؛ لأن زيدًا غاصب.

وهذا إذا لم يسبق الإقرار بنكاح على العقد. فإن سبق الإقرار قدم، كما ذكروه فى العزيز والروضة عن البغوى، قبيل دعوى النسب؛ فإنه ذكر أنها لو أقرت أنها زوجته منذ سنة وأقام آخر أنها زوجته منذ شهر، قدم بينة الإقرار، وهذا محمول على ما إذا ثبت بإقرارها منذ سنة. والله أعلم. فإذا أقر المدعى عليه بالعين للمدعى، ثبت ملكه عليها من غير حكم حاكم، بخلاف الثبوت بالبينة، فإنه يفتقر إلى قضاء القاضى؛ لأن دلالة الإقرار ظاهرة، والثابت بالبينة يحتاج إلى النظر والاحتياط.

وإن أقر بها لغيره إما حاضرًا وصدق، أو غائبًا وهو غير مجهول - فالخصومة[4] تنصرف عنه، لكن يلزمه اليمين، فلعله ينكل فيلزمه الغرم للثانى. وإن أقام بينة أنها للغائب

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين زيادة من متن «الإرشاد»، وفى ط: ومجهول حلف أو أثبت للغائب.
(٣) فى أ: ولا تجز.
(٤) فى أ: فالحكومة.

سمعت بينته لدفع اليمين عنه.

ولا يملك الغائب العين بهذه البينة، إن لم يكن وكيلاً، فإذا أقام المدعى بينة رجحت بينته وأخذ المدعى العين؛ لأن المدعى عليه لا يستفيد بهذه البينة إلا صرف الخصومة.

نعم إذا حضر الغائب، وأقام بينة قدمت بينته؛ لأن اليد له بإقرار من كانت تحت يده.

وإن كذبه الحاضر، وأقر بها لمجهول - لم تنصرف عنه، فيطالب بتسليم أو بيمينه إن لم تكن بينة.

فإن نكل حلف المدعى وأخذها، وإن ادعى أنه وقف على الفقراء، أو على مسجد انصرفت عنه الخصومة.

وإن ادعاه لابنه الطفل ملكًا أو وقفًا عليه، لم ينتزع منه، بل يحلف إنه لا يلزمه التسليم، فإن أقام المدعى بينة أنه يملكه، أخذه ويكتب للطفل بذلك؛ ليكون على حجته إذا بلغ.

وقوله: وإن أنكر أو سكت أو غاب فوق عدوى أو عز قضى حيث يشهد، ولمَنُوبِهِ وموصى به، ومعتقد غيره، وينفذ ظاهرًا فيحكم بعلمه؛ لتعديل وتقويم، لا فى حد لله تعالى بنحو حكمت به لا ثبت وبحكم غير لم يكذب بشاهديه لا حكم نفسه بهما أو بخطه كشاهد بخلاف الرواية عن نفسه، وإن لم يعلم سكت، أو سأل الحجة كمحكم برضا سبق لا فى حبس ونحوه.

أى: وإذا أنكر المدعى عليه، أو سكت ولم يجب، أو عزَّ حضوره إما بتواريه، أو بامتناعه، أو تعزره أو غاب فوق مسافة العدوى - فإن القاضى فى هذه الأحوال يقضى للمدعى بعلمه إن كان عالمًا، أو بعد إقامة الحجة إن لم يكن عالمًا، كما سيأتى، وهو مشروط لقوله: قضى.

وإنما يقضى لمن تقبل شهادته له، فلا يقضى لنفسه ولا لفروعه وأصوله، ولا لرقيقه مملوكًا كان أو مكاتبا، ولا لشريكه أو شريك عبده، ولا فى مال له فيه شركة، ولا على عدوه، ولا بعلمه ولا ببينة. فإن قضى له، لم ينفذ، ويصح قضاؤه لمن ينوبه، فإذا كان للقاضى خصومة[1] ورفعها إلى نائبه، وحكم بينه وبين خصمه جاز كسائر الأحكام.

ويجوز للقاضى أن يحكم ليتيم هو وصيه؛ لأن أمر الأيتام إليه، ويحكم لمن يعتقد بطلان حكمه، كحنفى طالب بمنافع المغصوب، أو شافعى طالب بشفعة الجوار من

---

(١) فى أ: حكومة.

حنفى، ولا يمنعه من المطالبة بذلك، ثم حكم الحاكم ينفذ ظاهرًا لا باطنًا، إن ترتب على فساد.

فإن حكم بشهادة زور بمال، لم يحل أخذه، أو بطلاق امرأته، لم يحل نكاحها فى الباطن، وللزوج أن يطأها إذا ظفر بها، لكن يكره للتهمة.

فإن تزوجت جاهلاً بالحال ودخل بها، فهى موطوءة بشبهة، لا يجوز للأول وطؤها، ثم يقضى القاضى بعلمه لمن تقبل شهادته له، وإن لم يقم حجة على الأظهر؛ لأن الحاصل بالحجة ظن فالعلم أولى، وسواء الأموال والعقوبات، كما يحكم فى تعديل الشهود بعلمه، وإن لم يُزَكَّوْا، وتقوم السلع بعلمه وإن لم يكن معه مقوم.

ولا يحكم فى حدود الله تعالى بعلمه؛ لأنه مأمور بالستر، ولا يجوز أن يحكم بخلاف علمه قطعًا، وفيه وجه ضعيف.

ولا بد أن يقول القاضى: قد علمت وحكمت بعلمى، والمراد بالعلم ما تجوز له به الشهادة. وصيغة الحكم أن يقول: حكمت له به، أو نفذت الحكم به، أو ألزمت خصمه الحق ونحوه. أما لو قال: ثبت عندى بالبينة العادلة أو صح، فالأصح أنه ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة.

ويقضى أيضًا بحكم غيره إذا ثبت بشاهديه، يعنى شاهدى الحكم إلا إذا كذب القاضى الأول البينة، وقال: لم أحكم، بخلاف ما إذا ثبت أنه توقف، أو تشكك. وأما هو فلا يقضى فى حكم نفسه بشهادة شاهدين: إنك حكمت بكذا، إلا إذا ذكره لا بخطه(١)، إذا رأى خطه ولم يذكر؛ كالشاهد إذا رأى خطه ولم يذكر.

ولا يجوز له أن يشهد بخلاف رواية الحديث؛ فإنه يرويه(٢) بخطه لعمل السلف والخلف بذلك، ويروى عمن يروى عنه ما نسيه فيقول: حدثنى فلان عنى بكذا.

فإن لم يكن القاضى عالمًا بالواقعة، فهو مخير: فإن شاء سكت حتى يقيم المدعى حجته، وإن شاء سأله إقامة حجته.

والحجة تشمل البينة الكاملة، والشاهد مع اليمين، واليمين وحدها.

واعلم أن المحكّم كالقاضى، يحكم على من رضى بحكمه؛ لأن التحكيم جائز على الأصح. فإذا حكّمنا من يصلح للقضاء، ورضيا بحكمه نفذ، سواء كان فى البلد قاض أم لا.

---

(١) فى أ: ذكر فلا يحكم.
(٢) فى ط: يروى.

والمعتبر رضا العاقلة فى دية الخطأ لا القاتل، ولا بد من رضا الخصمين بحكمه، إلا إذا كان أحدهما القاضى، فإنه كاف. وهل يشترط أن يكون الرضا قبل الحكم أو بعده؟ قولان:

أظهرهما: لا، بل يكفى الرضا المتقدم قبل الحكم، وإذا حكم فليس له أن يحبس ولا أن يقتص(١).

صفات الشاهد(٢)

وقوله: وهى لرمضان رجل ناطق حر عدل، ما أتى كبيرة لشدة وعيد كأكل الربا، ولا غلبت صغائره: كغيبة وكذب ولعن وهجو ولعب بنرد، وسماع مطرب، أو تاب وصلح سنة. وكفى قاذفًا بشهادة لم يقر بكذب: تبت ولا أعود.

---

(١) فى أ: يقبض.

(٢) الأصل فى تعلق الحكم بالشهادة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله - تعالى -: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله - تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فمنع من كتمان الشهادة؛ فدل على أنه إذا أدى الشهادة تعلق الحكم بها؛ وقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وغير ذلك من الآيات.

وأما السنة: فقوله ﷺ للحضرمى: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ».

وروى ابن عباس أن النبى ﷺ سئل عن الشهادة فقال: «هَلْ تَرَى الشَّمْسَ، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ أَوْ دَعْ».

وغير ذلك من الأخبار.

وأما الإجماع: فإنه لا خلاف بين الأمة فى تعلق الحكم بالشهادة.

إذا ثبت هذا: فتحمل الشهادة فرض، وهو إذا دُعِى الرجل ليتحمل الشهادة على نكاح أو دَيْنٍ وجبت عليه الإجابة؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وقوله - تعالى -: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقد قرئ برفع «يضار» وبنصبه: فمن قرأ بالرفع فمعناه: لا يضار الكاتب والشهيد بمن يدعوه، فيمتنع من إجابته من غير عذر.

وقيل: لا يكتب الكاتب ما لم يستكتب، ولا يشهد الشاهد ما لم يشهد عليه.

ومن قرأ بالنصب فمعناه: لا يضار بالكاتب والشهيد بأن يدعوهما للكتابة والشهادة من غير حاجة إلى ذلك؛ فيقطعهما عن حوائجهما.

وهو فرض على الكفاية: إذا دُعِى إلى الشهادة جماعة فأجاب شاهدان - سقط الفرض عن الباقين؛ لأن القصد من الشهادة التوثيق، وذلك يحصل بشاهدين. فإن امتنع جماعتهم عن الإجابة أثموا.

فإن لم يكن فى موضع إلا شاهدان فدعيا إلى تحمل الشهادة؛ تَعَيَّنَتْ عليهما الإجابة، فإن امتنعا أثما؛ لأن المقصود لا يحصل إلا بهما. وكذلك أداء الشهادة فرض، وهو إذا كان مع رجل شهادة لآخر، فدعاه المشهود له إلى أدائها عند الحاكم - وجب عليه أداؤها عند الحاكم؛ =

أى: والحجة فى ثبوت شهر رمضان رجل[١]. هذا شروع فى صفات الشاهد، فخرج (بقوله: رجل، [الخنثى، وبالناطق: الأخرس، وبالذكورة: الأنوثة، وإن كانت من أهل الشهادات فى غير هذا، وبالمكلف: الصبى والمجنون، وبالحر: العبد، وبالعبد: الفاسق، والكافر[٢] من طريق الأولى][٣].

والعدل من لم يرتكب كبيرة، والأصح أن الكبيرة لا تختص بموجبات الحدود، بل أكل

= لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فنهى عن كتمان الشهادة، وتوعَّده على كتمها؛ فدل على أنه يجب إظهارها، وقوله - تعالى -: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وهذا يعم حال التحمل وحال الأداء.

وهو فرض على الكفاية، إذا أدى الشهادة اثنان من الشهود؛ سقط الفرض عن الباقين؛ لأن القصد منه إثبات الحق، وذلك يحصل بهما.

وحكى المسعودى وجهًا آخر أنه إذا دعى لأداء الشهادة، تعين عليه الأداء وإن كان هناك غيره؛ لأنه إذا امتنع ربما امتنع غيره؛ فيؤدى إلى الإضرار بالمشهود له، والأول هو المشهور.

فإن امتنع جميع الشهود من الأداء أثموا، وقد تعين الأداء على شاهدين، فإن لم يشهد على الحق إلا اثنان، أو شهد عليه جماعة لكنهم غابوا أو ماتوا، أو كانوا فساقًا إلا اثنين فإنه يتعين عليهما الأداء إذا دعيا للأداء؛ لأن المقصود لا يحصل إلا بهما.

(١) فى أ: ذكر.

(٢) واختلفت كلمة الفقهاء فى اختلاف الدين فى الشهادة.

ذهب الشافعية على عدم قبولها مطلقًا، سواء أكانت له أم عليه، فى وصية أو فى غيرها، فى سفر أو حضر - ذهب الحنفية فى مشهور المذهب إلى أنها لا تقبل - أيضًا - كالشافعية، ونقل فى الدر عن الأشباه أنه قد تقبل شهادة غير المسلم على المسلم تبعًا أو ضرورة كما لو شهد ذميان على ذمى موكله مسلم، فإن الشهادة تقبل على الوكيل قصدًا وعلى الموكل ضمنًا وتبعًا، وكشهادة ذميين على ذمى أنه أوصى إلى ذمى مثله وأحضر مسلمًا عليه حق للميت؛ فإن الشهادة تقبل على الإيصاء؛ فيلزم المدعى عليه المسلم بأداء الحق الذى عليه للميت الموصى.

وذهب المالكية إلى: أن شهادة الكافر على المسلم لا تقبل إلا شهادة الطبيب الكافر فى بعض العيوب، وفى مقادير الجراح، فقد قالوا بقبولها للحاجة.

وذهب الحنابلة إلى: أنه تجوز شهادة الكافر على المسلم فى الوصية فى السفر إذا لم يكن غيره، ولا تجوز شهادته فى غير ذلك.

وفى رواية - عندهم - تجوز عند كل ضرورة شهادة الكافر على المسلم.

وبالتأمل فى الأقوال السابقة نستخلص أن فى المسألة قولين:

أحدهما: عدم قبول شهادة الكافر على المسلم مطلقا.

والثانى: قبولها فى بعض المواضع: كالوصية إذا كانت فى السفر، ولم يجد الموصى المسلم من يشهده من المسلمين.

(٣) بدل ما بين المعقوفين فى ط: المرأة والصبى. وإن كانت المرأة من أهل الشهادة، فى غير هذا. وبالناطق الأخرس، وبالحر العبد، وبالعدل الفاسق والكافر، من طريق الأولى، وكذا المجنون.

الربا، وشهادة الزور، وأكل مال اليتيم، وكل ما حصل عليه وعيد شديد فى الكتاب والسنة، فهو كبيرة[١].

ومن ارتكب الكبيرة فسق وردت شهادته، وأما الصغائر فقلَّ من يسلم منها، لكن من غلبت طاعته معصيته فهو عدل.

هذا قول الجمهور، والموافق لكلام الشافعى[٢] فى المختصر، وعبارة كثيرين: من أصر على صغيرة فليس بعدل.

وهذه المذكورات فى الأصل أمثلة للصغائر، وقد اختلفوا فى اللعب بالنرد فقيل: إنه كبيرة، وأما الشطرنج فمكروه[٣]، فإن اتفق فى اللعب بها سب وتفويت صلاة عمدًا،

(١) وأما العدل فى الشرع: فهو العدل فى أحكامه ودينه ومروءته، فالعدل فى الأحكام: بأن يكون بالغًا عاقلا حرًا، والعدل فى الدين: بأن يكون مسلمًا مجتنبًا للكبائر، وغير مصر على الصغائر، والعدل فى المروءة: أن يتجنب الأمور الدنيئة التى تسقط المروءة على ما يأتى بيانه.

والعدالة - كما قال ابن راشد -: هيئة راسخة فى النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر، وتوقى الصغائر، والتحاشى عن الرذائل.

واختلف الفقهاء فى ماهية الكبائر والصغائر فقال بعضهم: ما فيه حد فى كتاب الله - عز وجل - فهو كبيرة، وما لا حد فيه فهو صغيرة، وهذا ليس بسديد فإن شرب الخمر، وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما فى كتاب الله - تعالى - .

وقال بعضهم: ما يوجب الحد فهو كبيرة، ومالا يوجبه فهو صغيرة، ويبطل هذا بأكل الربا، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف، فإن هذه كبائر ولا حد فيها.

والأحسن قول بعضهم: كل ما جاء مقرونًا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة، وقذف المحصنات، وأكل مال اليتيم، والفرار من الزحف، والزنى، والربا، وهو مروى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - وقيل له: إن عبد الله بن عمر يقول: إن الكبائر سبع؛ فقال: هى إلى سبعين أقرب، ولكن لا كبيرة مع توبة، ولا صغيرة مع إصرار.

وفعل الصغيرة لا يخرج العدل عن العدالة؛ لقوله - تعالى -: ﴿ٱلَّذِينَ يَجۡتَنِبُونَ كَبَٰٓئِرَ ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡفَوَٰحِشَ إِلَّا ٱللَّمَمَۚ﴾ [النجم: ٣٢] قيل اللمم صغار الذنوب؛ ولأن التحرز عنها غير ممكن؛ قال أبو حراشة - وهو يسعى بين الصفا والمروة-:

إن تغفر اللهم تغفر جمًّا ... وأى عبد لك لا ألمّا؟

ونسب صاحب الذخيرة هذا البيت إلى النبى ﷺ ولكن صاحب الفتح غلطه فى هذه النسبة.

(٢) فى ط: الرافعى.

(٣) (الشطرنج) هو بكسر أوله، وفى لغة بالسين، وفيه أربع لغات: كسر الشين، وفتحها، والإعجام، والإهمال، والأشهر: الإعجام مع الكسر، ويجمع على: شطارج، وأصله فى اللغة الأعجمية «شس رنك»، ومعناه: ستة ألوان؛ لأن «شس» ستة، ورنك: ألوان، وهى - أعنى الستة -: الشاة، والفرزان، والفيل، والفرس، والرخ، والبيذق، ثم أول من وضعه - كما ذكره ابن خلكان، وصاحب الغرر -: «حصه ابن داهر الهندى» وضعه «لبلهيت»، ويقال له: شهرام، بكسر الشين المعجمة.

وقصد الواضع للشطرنج مضاهاة لـ «أردشير» أول ملوك الفرس الأخيرة واضع النرد لتمثيل الدنيا، =

حرم. وكذا بالقمار، وهو شرط المال من الجانبين، لا على وضع المسابقة.

ومن تاب من الكبيرة، أو من الإدمان على الصغائر صار عدلًا، إذا مضت عليه مدة ظهر فيها صلاح حاله، وقدرت بسنة.

وأما فيما بينه وبين الله تعالى، فيكفى الإقلاع عن الذنب، والعزم على ألا يعود، والندم على ما مضى.

ومن لوازم الإقلاع الخروج عن المظالم، فيؤدى الزكاة إلى مستحقيها، والأموال إلى أربابها، وإن تلفت غرم، أو استحل من المستحق.

ويجب عليه إعلامه إن لم يكن علم، والأصح أن القاذف لا يكلف - لصحة التوبة - القول بإكذاب نفسه، فربما كان صادقًا، فكيف يؤمر بالكذب؟! بل يقول: القذف باطل، وأنا نادم على ما فعلت، ولا أعود، أو ما كنت[1] محقًّا، ونحو ذلك، فإن كان القذف فى شهادة ولم يتم النصاب، لم يشترط الاستبراء بالمدة على المذهب.

[وقوله فى الحاوى: «ذكرًا مسلمًا ناطقًا حرًّا عدلًا» إلى قوله: «مكلفا أحوج»؛ لأن

= وأهلها وافتخرت الفرس بذلك.

ثم لما قارن حكماء ذلك العصر بينهما - قضوا بترجيح الشطرنج على النرد؛ حيث إن الشطرنج وضع على أساس قاعدة أن لا قضاء ولا قدر مؤثرين بذاتهما، وأن الإنسان قادر بسعيه واجتهاده أن يبلغ المراتب العلية، والخطط السنية؛ فكان فى ذلك إبطال القاعدة الأساسية التى بنى عليها وضع النرد؛ كما أن الإنسان لو أهمل السعى والاجتهاد هوى به إلى الحضيض، وأخرجه من روض العيش الأريض.

ومما يدل على ذلك أن «البيذق» ينال بحركته وسعيه منزلة «الفرزان» فى الرياسة.

ثم جعلها الواضع مصورة تماثيل على صورة الناطق والصامت، وجعلها درجات ومراتب، فجعل «الشاه»: الرئيس المدبر، و «الفرس»: والفيل مركوبين له، و «الفرزان»: وزيره، و«البياذق»: رعاياه، فالواحد من الرعية لو أعطى الاجتهاد حقه فى تهذيب نفسه كان ذلك عونا على أن ينال رتبة «الفرزان» أى وزيرا، وكذلك «الفرزان» إذ علت همته، وتمكنت قدرته - طمحت نفسه إلى نيل رتبة «الشاه» أى: الملك، ونازعه الملك، ولو أدى إلى مقاتلته، وهكذا الحكم فى كل قطعة من القطع التى تليها.

وقيل إن الواضع للشطرنج بعض الحكماء؛ ليبينوا للناس ما خفى عنهم من مكايد الحروب، وكيفية ظفر الغالب وخذلان المغلوب وبينوا فيها التدبير والحزم، والاحتياط والمكيدة، والاحتراس، والتعبئة والنجدة والقوة والجلد والشجاعة والبأس، فمن عدم شيئا من ذلك علم موضع تقصيره، ومن أين أتِى بسوء تدبيره؛ لأن خطأها لا يستقال، والعجز فيها متلف للمهج والأموال؛ لأنه معلوم بالبداهة أن فى ترك الحزم ذهاب الملك، وضعف الرأى جالب للعطب والهلاك والتقصير سبب الهزيمة.. والتلف وعدم المعرفة بالتعبئة داع إلى الانكشاف أمام العدو

(١) فى ط: أو ما لست.

الكافر يخرج بقوله: ما ارتكب كبيرة وهو لم يقل: مكلفًا.

الثاني: أنه قيد الكبيرة بوجوب الحد، والموافق لما فصله الأئمة أن الكبيرة هى التى يلحق صاحبها وعيد شديد فى الكتاب أو السنة، فقد عدوا من الكبائر: شهادة الزور وغصب المال والفرار من الزحف وأكل الربا ومال اليتيم والكذب على رسول الله ﷺ عمدًا، أو غير ذلك وكلها لا حد فيها.

الثالث: قوله: ما أصرَّ على صغيرة، هذا قال به كثيرون، والذى عليه الجمهور كما قاله الرافعى والنووى فى الروضة: أن من غلبت طاعته معاصيه كان عدلاً وعكسه فاسق.

ولفظ الشافعى - رضى الله عنه - فى المختصر يوافقه قالا: فعلى هذا لا تضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعة، وأما على الأول فتضر.

الرابع: قوله: وحيث تعظم مرة، أى: ترد الشهادة بمرة من الصغائر حيث تستعظم الصغيرة.

يعنى: إذا كان أهل البلد يستعظمون ارتكاب تلك الصغيرة قال ابن النحوى فى تحريره: هذا ما قاله الإمام وتبعه الغزالى والمصنف، يعنى قوله «وحيث تعظم مرة» قال: وقال الرافعى: والأشبه ما فى التهذيب: أنه تعتبر المداومة على ما يستعظم.

الخامس: قوله: «أو تاب وصلح بالقرائن» تبع فى هذا الإمام الغزالى، وقال الرافعى فى «العزيز» و«المحرر» وتبعه النووى: إنه لا بد من مدة يتبين فيها صلاحه، وذكر ثلاثة أوجه: الأكثرون على أنه سنة.

والثانى: ستة أشهر، ونسب إلى النص.

الثالث: لا يتقدر، وإنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، قال فى العزيز: وهو اختيار الإمام والعبادى والغزالى.

السادس: قوله: «كالقاذف يقول: تبت ولا أعود، إن لم يقر بالكذب» فقضى أن القاذف إذا لم يقر بالكذب أنه لا يحتاج إلى مضى المدة ولا إلى حصول غلبة الظن؛ بل بمجرد القول: فإن أقر بالكذب فلا بد من المدة، وهذا إنما هو فى القذف فى ضمن الشهادة؛ كما قال فى «الروضة»: إنه المذهب، وأما غيره فيحتاج كما ذكروه][1].

وقوله: وذو مروءة تارك مزرٍ لا إثم به: كإدامة شطرنج، وسماع غناء ودف، وبجلاجل وحرف دنيئة، غير متهم بجر ودفع، كمن شهد لبعض وعلى عدو لا فى الله، يفرح بحزنه. وعكسه كزنى زوجته، ومُعَادَةٌ لزوال فسق وعداوة وسيادة لا رق، وكفر ظاهر وصبى وبدار.

أى: والحجة لرمضان ذكر ناطق ذو مروءة، وهو الذى يصون نفسه عما يزرى به، كما إذا لبس الفقيه زى الجندى أو عكسه، وصير نفسه ضُحْكَةً، وكشف الرأس[2] فى

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: الرءوس.

الأسواق، حيث لا يعتاد ولا يليق به.

وأكل غير السوقى فى السوق، وحمل ما لا يليق به شحا لا تواضعًا، ولا اقتداء بالسلف، ويعرف ذلك بقرائن أحواله، وإدامة اللعب بالشطرنج، وإن كان مباحًا فالإكثار منه قادح، كاللعب بالحمام.

وكذلك إدامة الغناء وسماعه؛ لأنه مكروه والمداومة عليه قلة مروءة، كالمداومة على الرقص، وإن لم يكن محرمًا؛ لأنه مجرد حركات، وقد زفنت الحبشة عند رسول الله ﷺ، والزفن: الرقص. وكذلك المداومة على سماع ضرب الدف، وهو مباح فى الإملاك والختان؛ لأن عمر(١) رضى الله تعالى عنه، كان إذا سمع الدف بعث، فإن كان لنكاح أو ختان سكت، وإن كان فى غيرهما عمدهم بالدِّرة.

وقال الإمام والغزالى: لا يحرم، وصححه النووى فى المنهاج، وسواء كان الدف بجلاجل أم لا، على الصحيح.

بخلاف شعار شاربى الخمر: كالمعازف، والأوتار، والطنبور، والكوبة الضيقة الوسط، فكلها حرام.

وأما أصحاب الحرف الدنيئة، إذا صلحت أحوالهم، وكانت حرفة آبائهم لا تزرى بهم، فتقبل شهادتهم على الأصح.

وإن تعاطاها من لا يليق به، ومن تسقط بها مروءته - ردت شهادته، وهذا المراد فى الكتاب؛ لأنه شرط أن تكون مزرية(٢).

ويشترط أن يكون غير متهم بجر نفع إليه، أو دفع ضر عنه، فلا تقبل شهادة الوارث، ولا الغريم للميت والمحجور عليه، ولا الوكيل لموكله، ولا القيم والوصى فى محل تصرفهما، ولا الشريك لشريكه، ولا يبيع ما له فيه شفعة إلا بعد العفو عنها.

ولا تقبل شهادة العدو على عدوه، وهو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه، وعلم من قوله: لا على عدوه، أنها تقبل له؛ لانتفاء التهمة.

وإذا كان أحد الخصمين متحملا عداوة شخص سالم من عداوته اختص هو برد شهادته عليه.

ومن عادى من يريد أن يشهد عليه، وبالغ فى خصومته فلم يجبه، قبلت شهادته عليه، وإلا اتخذوا ذلك ذريعة إلى إبطال الحقوق.

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف كما فى تلخيص الحبير (٤/ ٣٧٩).
(٢) فى ط: مروءته.

وأما العداوة الدينية فلا تمنع قبول الشهادة، فتقبل شهادة المسلم على الكافر، والسنى على المبتدع. وكذا من يبغض الفاسق لفسقه[١]. وشهادة الزوج بزنى الزوجة غير مقبولة؛ لأنه ينسبها إلى خيانة، فهو كالمودع ينسب الوديع إلى الخيانة.

ومن ردت شهادته لفسق، أو لعداوة، أو لكونه سيدًا لمن شهد له، فزال الفسق والعداوة، وزال ملك السيد عن العبد، ثم أعادوا تلك الشهادة - لم تقبل؛ لأنهم متهمون فى دفع عار الكذب ورد الشهادة.

بخلاف الشهادة المعادة من الرقيق إذا عتق، والكافر المتظاهر بكفره إذا أسلم، بخلاف الزنديق إذا أسلم، فإنه ملحق بمن زاد فسقه. وتقبل المعادة من الصبى إذا بلغ؛ لأن الذى أتوا به أولًا لم يكن شهادة؛ لأنهم ليسوا من أهلها، ولا عار عليهم فى رد الشهادة.

وكذلك من ردت شهادته للمبادرة إذا زالت المبادرة، وأعاد تلك الشهادة فى مجلس آخر، أو فى ذلك المجلس إذا طلبت منه قبلت على الأصح؛ لأن ذلك الرد لم يكن قادحًا فى عدالته، ولم يكن مجروحًا بها على الأصح.

وقوله: وكشاهد بحق على شاهد به عليه، وعاقلة بفسق شهود خطأ ولو فقراء لا أباعد، وبجرح مورث قبل برء لا بماله، ولا موصى لهم ومنهوبين بعضهم لبعض.

أى: كشهادة بعض لبعض، وكشاهد بحق على من شهد عليه بذلك الحق؛ فإذا شهد شاهدان مثلاً على رجلين أنهما قتلا، أو سرقا، أو اقترضا مالًا لرجل، فشهد الشهود عليهما بذلك الحق على من شهد عليهما - لم تقبل شهادتهما؛ للتهمة.

فإن كذب صاحب الحق الآخرين طالبهما، وإن كذب الأولين، أو كذب الكل، أو صدق الكل - بطل حقه.

ولو شهد الشاهدان بمثل ذلك الحق لا هو على الشاهدين من غير مبادرة، جاز، ولم يبطل تصديق المدعى لإحداهما ما على الأخرى.

وكذلك لا تقبل العاقلة إذا شهدت بفسق شهود القتل الموجب عليهم الدية؛ للتهمة، وإن كانوا فقراء.

وتقبل شهادتهم إذا كانوا أباعد وفى الأقربين وفاء بالدية، والفرق أن توقع الغنى أقرب من توقع موت القريب، الذى يحوج الأبعد إلى التحمل.

---

(١) فى ط: لنفسه.

وكذلك إذا شهد الوارث على رجل أنه جرح مورثه، وكان ذلك قبل البرء واندمال الجرح لم تقبل شهادته للتهمة، بخلاف ما إذا شهد له بمال فى تلك الحال.

والفرق أن الجرح سبب للموت الناقل للحق إليه، فإذا شهد فقد أثبت الحق لنفسه، وليس كذلك الشهادة بالمال.

وكذلك الموصى لهم إذا شهد كل منهم لصاحبه بمال أوصى له به فى التركة، أو الرفقة إذا شهد كل منهم لصاحبه على قطاع الطريق قبلت، إلا إذا قالوا: أوصى لنا أو نهبونا.

وقوله فى الحاوى: وعلى من يفرح بحزنه، هذا فى العداوة الدنيوية أما فى العداوة الدينية فتقبل شهادته عليه: كالمسلم على الكافر، والسنى على المبتدع.

وقوله: وغير مغفل يكثر غلطه، ومبادر قبل طلب لا بحق مؤكد لله، كطلاق لا عوضه، وكعفو قصاص ورضاع ونسب ووقف لغير معين، وعتق لا بشراء بعض سمع ممن رآه أو رأى ولو لملك يدًا وتصرفًا، بنحو هدم وبناء وإجارة بلا منازع إن طال أو تسومع من جمع لا تواطأ.

أى: والحجة ذكر ناطق غير مغفل - وهو من قل ضبطه وكثر غلطه ونسيانه؛ لعدم الوثوق بقوله - فإن شهد وفسر وبين زمان التحمل ومكانه، ولم تبق ريبة فى شهادته سمعت.

والمبادر إلى أداء الشهادة قبل الدعوى أو بعدها، وقبل الطلب لها ترد شهادته إذا لم تكن حسبةً، وقد بينا أن المبادرة لا تقدح فى العدالة على الأصح، وأنه إذا أعادها بعد تجديد الدعوى والطلب منه سمعت، وأما شهادة الحسبة فتجوز من غير تقدم دعوى، وهو ما يؤديها حمية فى دين الله تعالى.

وتسمع فيما لله فيه حق مؤكد لا يؤثر فيه رضا الآدميين: كالطلاق، والعتاق، والاستيلاد.

وأما الخلع فمنعه البغوى، قال الإمام: يثبت بها الطلاق دون المال، ولا بعد ثبوته تبعًا، ويثبت بها العفو عن القصاص وثبوت النسب وتحريم الرضاع.

وكذلك الوقف على جهة عامة أو مسجد، وإن كان لقوم معينين لم تسمع.

ولا تقبل شهادة الحسبة بشراء بعض للمشترى، كفروعه وأصوله، وإن تضمنت العتق؛ لأن العتق تابع للملك فيها، بخلاف الخلع حيث ثبت الطلاق دون المال؛ لأن المال فيه تابع للطلاق.

وإذا كانت الشهادة على القول: كالنكاح، والبيع، والطلاق، وسائر العقود والفسوخ

والأقارير، فلا بد من أن يسمع القائل وهو يراه.

فلا تقبل شهادة الأصم ولا الأعمى، إلا فيما سيأتى، ولا يجوز للأعمى أن يشهد على الصوت؛ لأن الأصوات تشتبه، وجوز له الوطء بغلبة الظن للضرورة، ولا ضرورة إلى تحمله الشهادة.

ولا تجوز الشهادة على المتنقبة اعتمادًا على صوتها، بل إن عرفها بغير الصوت، جاز أن يشهد بعلمه، وإلا كشفت عن وجهها ليراها رؤية تميزها له عند الأداء، أو يلازمها إلى الأداء.

ولا يشهد فيما يرى إلا على ما يُرَى من الأفعال: كالزنى، وشرب الخمر، وأخذ الأموال، والجنايات، والرضاع، ونحو ذلك، وكما يشهد على الملك بأسبابه، يشهد بما يدل عليه، بأن يرى اليد والتصرف مدة طويلة.

وإذا رأى فى يد رجل دارًا أو بهائم، يتصرف فيها تصرف الملاك بهدم الدار والبناء والبيع والإجارة، جاز له أن يشهد بملكه لها، فإن لم يكن مع اليد والتصرف طول مدة، لكن استفاضة، جاز أن يشهد بالاستفاضة على الأصح.

ويشترط ألا يكون هناك فى مدة اليد والتصرف الطويلة، أو السماع - منازع فى الملك.

وهل يجوز أن يشهد بالاستفاضة وحدها من غير يد وتصرف؟ حكى الرافعى فيه وجهين، أقربهما إلى إطلاق الأكثرين الجواز.

قال: والظاهر أنه لا يجوز، وهو محكى عن نصه فى حرملة، واختاره القاضى حسين والإمام.

قال: ولكن لا يعتبر طول المدة فيهما إذا انضما إلى الاستفاضة، ولا يكفى أن يقول: أشهد إنى سمعت هذا مستفيضًا ونحوه.

بل لا بد من الجزم بالشهادة بالملك، ولا بد أن يسمع من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب؛ فبذلك يحصل العلم والتصديق.

ثبوت النسب بالتسامع

وقوله: وبالتسامع لنسب لم يعارض بطعن، ولموت، وعتق، وولاء، ووقف، ونكاح، وكذا تعديل وإعسار أو بخبرة صحبة وقرينة.

أى: ويثبت النسب بالتسامع، وهو الاستفاضة من الجمع المذكور؛ بأن يسمعهم ينسبونه إلى رجل ويسمعه ينتسب إليه.

ويشترط ألا يسمع فى أثناء ذلك طعنًا فى ذلك النسب، لا من الناس ولا من المنسوب

إليه.

فإن سمع يومئذ طعنًا لم يجز أن يشهد.

ويشهد بما سمع من الاستفاضة فى الموت على المذهب كما ذكره فى الروضة، وكذلك يشهد بها[١] فى العتق والولاء، والوقف والنكاح، على الأصح الأقوى المختار، كما قاله النووى فى الروضة.

وكذلك يشهد بها فى التزكية[٢]، كما نقله ابن النحوى فى شرحه من الإشراف، عن الشاشى، وصححه ابن الصلاح.

ويشهد أيضًا على الإعسار بالاستفاضة، كما نقله عن الإمام؛ لأنها مما لا يطلع عليه.

قلت: وجوازها بالاستفاضة فى الإعسار أولى من جواز ما نصوا عليه: من أن الغريب يبحث عن أحواله بحسب الطاقة.

فإذا غلب على الظن إعساره جازت الشهادة به. والاستفاضة تفيد من العلم فوق ذلك.

وتثبت التزكية والإعسار بشهادة من خالط وخبر، واستدل بالقرائن على العدالة والإعسار، فيثبتان بالطريقين معًا: الاستفاضة والخبرة، وإليه الإشارة بقوله: أو بخبرة صحبة وقرينة.

الشهادة على الشهادة

وقوله: وشهد لا فى حد لله عن شهادة ميت وغائب فوق عدو، وذى عذر جمعة خص، لا إن فسق، أو كذب، أو عادى إن أذن، أو بين سببًا، أو شهد عند حاكم.

أى: اعلم أن الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا فى حقوق الآدميين: الأموال منها والعقوبات، وأما فى حدود الله تعالى، فلا تجوز على الصحيح.

ومن تحمل شهادة على شهادة لا يجوز أن يؤديها، إلا إذا تعذر سماعها من الأصل، أو تعسر. فالتعذر كالموت، والتعسر كالغيبة إلى فوق مسافة العدوى، وكذلك إذا كان للأصل عذر خاص به تسقط به عنه الجمعة: كالمرض، والتمريض وخوف الغريم، وغير ذلك من الأعذار الخاصة، دون ما يعم الأصل والفرع كالمطر والوحل ونحوهما.

ولا يجوز أن يؤديها إلا إذا علم الفرع أن الأصل جازم بهذه الشهادة: إما بأن أذن له فى أدائها عنه، وإما بأن يبين السبب بأن يسمعه يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع، أو قرض أو أرش جناية، فتجوز الشهادة حينئذ على شهادته، وإن لم يستدعه.

---

(١) فى ط: يشهد بما.
(٢) فى ط: التركة.

وإما بأن سمعه، فشهد عند الحاكم أو المحكم: إن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته أيضًا فى هذه، وأما إذا سمعه يقول: أشهد إن لفلان على فلان كذا، وقال: عندى لفلان شهادة بكذا، سواء قال: شهادة مجزومة، أو بينها[(١)]، أو سكت - فإنه لا يجوز.

ويشترط ألا يحدث فى الأصل ما يسقط عدالته إلى وقت الأداء، فإذا فسق بعد الأداء وقبل الحكم، فهو كما لو فسق الفرع.

ولا يخفى أن الأصل إذا كذب شهود الفرع بعد الحكم لا يؤثر تكذيبه، وأما قبله فلا يجوز الحكم، كما إذا رجع شهود الفرع.

وكذلك إذا عادى الأصل الخصم، لا تسمع شهادة الفرع، وإن كان تحمله قبل ظهور العداوة والفسق؛ لأن ذلك لا يهجم غالبًا.

[وقوله فى الحاوى: «وتغافل حيث يحتمل الغلط» إلى قوله: «أو به عذر جمعة» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وتغافل» صوابه: وتغفَّل، فإن التغافل: إنما يكون قصدًا من الذاكر للشىء.

الثانى: أنه عد مما يشهد به حسبة الخلع، وأطلق، فاقتضى ثبوت المال معه، وهو احتمال الإمام، والذى جزم به ثبوت الطلاق دون المال.

الثالث: قوله: «لا الوقف» هذا فى الوقف على معين فقط، أما الوقف على الفقراء أو على مسجد فإنه تصح شهادة الحسبة به؛ لأنه حق مؤكد لله تعالى.

الرابع: قوله: «وممن لا تنحصر» لا يشترط الجمع الذى لا ينحصر بل يكفى السماع من جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب، وهذه عبارة «العزيز» و«الروضة» و«الغزالى» والفرق بين العبارتين ظاهر.

الخامس: قوله: «والشهادة بين الأصل» هذا فى غير حدود الله تعالى، أما حدود الله تعالى فلا يجوز فيها الشهادة على الشهادة كما نصوا عليه.

السادس: قوله: «أو به عذر الجمعة» كذا أطلقه الإمام والغزالى، وقال الرافعى: وأقره النووى، وليكن ذلك فى الأعذار الخاصة بالأصل دون ما يعم الأصل والفرع كالمطر والوحل الشديد، وجزم بذلك صاحب التعليقة][(٢)].

---

(١) فى ط: انتهاء.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: وروى أعمى وترجم وشهد متعلقًا بمقر فى أذنه ماسًّا رأسه، أو سمع قبل كقاض عمى.

أى: وتقبل رواية الأعمى الحديث؛ لأن باب الرواية أوسع من باب الشهادة.

وتقبل ترجمته كلام الخصمين للقاضى؛ لأن القاضى يشاهدهما، ويشهد على من أقر واضعًا[1] فاه فى أذنه ويده على رأسه ثم لازمه إلى أدائها.

وتقبل بما سمع قبل العمى، وكذا القاضى إذا سمع الدعوى والبينة، ثم عمى قبل الحكم، فإنه يحكم بها على الأصح بعد العمى، ويصير معزولًا فى غير هذه الواقعة.

وهذا فيما إذا سمع الأعمى أو القاضى من يعرفانه. أما إذا احتاجا إلى الإشارة إلى من سمعا منه لم يجز.

الشهادة على الزنى

وقوله: ولزنى أربعة بإدخال حشفته فرجها، ولغير كولاء وكتابة وقراض وإقرار زنى وموجب قصاص وإن عاد مالًا - رجلان ولو على شاهدين، وما ظهر للنساء كولادة ورضاع ثدى وعيب عورتهن وجرح فرج: أربع أو رجل وامرأتان أو يمين فى أمة.

أى: والحجة للزنى أربعة شهود بالصفة السابقة، ويدخل فيه اللواط، وإتيان البهيمة، وإن لم نوجب فيه إلا التعزير، يشهدون إنه أدخل فرجه أو حشفته فى فرجها، ولا يكفى إطلاق الشهادة بالوطء، بخلاف الشبهة فإنه تكفى الشهادة على الوطء؛ لأن المقصود به المال فلا يوجب الاحتياط، ولغير رمضان والزنى والمال كالولاء والكتابة والوكالة والوصاية والجرح والتعديل والقراض والشركة؛ لما فى الوكالة وما بعدها من إثبات السلطنة فى ملك الغير.

وفى الشركة والقراض وجه يلحقهما بما المقصود منه المال وكذا الوكالة فى المال، والإقرار بالزنى والإيلاء والظهار والإعسار وكفالة البدن والإحصان، وهلال غير رمضان والنكاح والرجعة والطلاق والإعتاق، وكل ما ليس بمال ولا المقصود منه المال مما يطلع عليه الرجال غالبًا فلا يقبل فيه إلا رجلان.

ولا يقبل فى موجب القصاص إلا رجلان، وإن صار الواجب فيه مالًا، كما إذا شهد عليه بقتل عمد بعد ما عفا على مال، أو بموضحة وجهل موضعها فإنه لا يلزمه إلا الأرش، ولكن لا يقبل إلا رجلان؛ نظرًا إلى الأصل الواجب بالجناية.

---

(١) فى أ: أقر وأصغى.

ويجزئ فى الشهادة على شهادة رجلين فأكثر رجلان.

ولا يشترط أكثر من ذلك؛ لأنهما يشهدان على قول اثنين، فصار كما لو شهدا على إقرار رجلين؛ بناءً على أن الحق يثبت بشهادة الأصول.

ولو قلنا بقيامهم مقام الأصول لقام الرجلان إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين مقامه؛ فلا يجوز أن يقوما مقام الثانى، كمن شهد مرة على شىء ثم شهد عليه مرة أخرى لم يعد شاهدًا ثانيًا.

وما كان يظهر للنساء ولا يكاد يطلع عليه الرجال، كالولادة والرضاع من الثدى خاصة والاستيلاد والبكارة والثيوبة وعيوب عورات النساء الحرائر كالقرن والرتق والبرص فالحجة فيه أربع نسوة.

ونقل فى الروضة عن البغوى وأقره: أن العيب الذى فى وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين؛ لأنه ليس بعورة.

وكذلك عورة الأمة، لكن الأمة يقبل فيها أيضًا شاهد ويمين؛ لأن القصد منها المال.

والجراحة على فرج المرأة تلحق بالعيوب على الأصح، بخلاف الجراحة فى سائر جسدها؛ فإنه لا يقبل فيها إلا رجلان إن أوجبت قصاصًا وإلا فكالمال.

الشهادة فى الأموال

وقوله: وفى مال وما قصد به كأجل وخيار وقبض نجوم كتابة ومسروق ومهر وملك من قال: أعتقت أو استولدت دون قطع ونكاح وحرية ولد ونسبه وطلاق وعتق علقا بولادة وغصب قبل ثبوت وهشم بإيضاح، خلاف سهم عمد مرق فأصاب آخر - رجل وامرأتان أو ثم يمين بملكه وصدق شاهده.

أى: والحجة فى المال وما المقصود منه المال رجلان، أو رجل وامرأتان، أو رجل ثم يمين بعد شهادته.

وذلك مثل البيع والإجارة والوصية بالمال والرد بالعيب والحوالة والشفعة والضمان والخلع والمسابقة والديون.

ويقبل فى الأجل والخيار؛ لأن المقصود منهما المال، وفى نجوم[1] الكتابة وإن كان النجم الأخير الذى يقع به العتق؛ لأن المقصود المال والعتق من توابعه.

ويقبل فى المسروق رجل وامرأتان، ولا يثبت القطع، قال فى المهمات بعد ما ذكر خلافًا فيما تثبت به الشركة: وقول ابن الرفعة المفصل الجامع بين الخلاف، ويقرب منه إذا

---

(١) فى أ: نحو.

ادعت المرأة النكاح لإثبات المهر وأقامتْ به شاهدًا وامرأتين فإنه يثبت المهر على الصحيح وإن لم يثبت النكاح[١].

وكذلك العوض فى الخلع. وإذا قال: هذا الرجل كان عبدى وأعتقته وشهد له رجل وامرأتان - ثبت الملك وحصل العتق بإقراره.

وإذا ادعى مستولدة فشهد رجل وامرأتان إنها مستولدته علقت بهذا الولد فى ملكه ثبت الملك والاستيلاد، ولا تثبت حرية الولد ولا نسبه؛ لأنه لا يدعى ملك الولد، بل نسبه وحريته وهما لا يثبتان بهذه الحجة.

ولا يثبت طلاق وعتق علقا بولادة أو غصب قبل ثبوتهما. فإذا قال: إن ولدت فلانة أو غصب فلان كذا فامرأتى طالق أو عبدى حر، فثبتت الولادة بأربع نسوة أو رجل وامرأتين - لم يثبت الطلاق والعتاق.

فإن ثبتت الولادة والغصب بالحجة الناقصة ثم علق بهما بعد الثبوت حصل العتق والطلاق؛ لأن التعليق[٢] وقع، وقد ثبتت الولادة والغصب ظاهرًا، فلو لم يقع كان قدحًا فى الحكم.

ولا يثبت بها الهشم الموجب للمال؛ لأنه تابع للموضحة الموجبة للقصاص، فإذا شهد رجل وامرأتان إنه أوضحه موضحة هشمت رأسه، لم يثبت الهشم، بخلاف ما إذا شهدت إنه رمى زيدًا عمرًا فمرق منه السهم فأصاب عمرًا خطأ؛ فإنه يثبت بها قتل الخطأ.

والفرق: أنهما جنايتان وتلك جناية واحدة، وإذا كانت الحجة شاهدا ويمينًا، فلا بد من تقديم الشهادة وتعديل الشاهد، ثم يحلف إنى أملك ما ادعيته أو أستحقه وإن شاهدى صادق فى شهادته.

[وقوله فى الحاوى: «ويروى الأعمى ويترجم» إلى قوله «أو تم يمينا إن شاهدى صادق» فيه أمور:

أحدها قوله: «فى الأعمى ويشهد أن يعلق بالمقر» لم يبين كيفية الإقرار والشرط أن يضع فاه على أذنه ويضع الأعمى يده على رأسه ثم يمسكه إلىْ حال أداء الشهادة.

الثاني: قوله: «فى شهادة الزنى إنه أدخل فرجه فى فرجها» وقد علمت أنه يكفيه أن يقول: أدخل حشفته.

الثالث: قوله: «والظاهر للنساء كعيبهن» سوَّى بين العورة وغيرها، وفى «العزيز» و«الروضة» عن البغوى: أن وجه الحرة وكفيها ليسا بعورة؛ فلا يكفى فى الشهادة على

(١) فى ط: ولا يثبت بهما المهر ولا يثبت النكاح.
(٢) فى أ: العتق.

العيب فيه إلا رجلان.

الرابع: قوله: والإبل إليه كموضحة عجز عن تعيينها، فعد مما يقبل فيه الشاهدان والمرأتان موضحة العمد إذا عجز الشهود عن تعيين محلها، وهذا مما انفرد به، وتبعه عليه من تبعه من شراحه، وعلله فى التعليقة بأنه سقط فى العجز عن التعيين.

قال ابن النحوي: وغلطه بعض شيوخنا، وإنما هو تعليل للبينة الكاملة، فإنه حكى فيما إذا كانت البينة كاملة وجهل التعيين - وجهين، وكأنه اغتر بما صدّر به صاحب الوجيز الفصل فى ثبوت موجب الدية برجل وامرأتين، ثم قال فى أثنائه: ولو أوضح رأسه لم يكف، فإن عجزوا عن تعيين محل الموضحة سقط القصاص وثبت الأرش على الأصح.

فظن الاكتفاء بشهادتهم، وليس كذلك، قال الرافعى فيما إذا كانت البينة كاملة: فى هذه وجهان، وقال: أصحهما الوجوب معللاً بأن الأرش لا يختلف باختلاف محل الموضحة، ومساحتها بخلاف القصاص، وهذا كالصريح فى أن البينة الناقصة لا تثبت الأرش.

قلت: وإذا لم يثبت الهشم الموجب للمال لمقارنته الموضحة بشاهد وامرأتين فكيف تثبت بهما الموضحة نفسها ليجب المال][١].

وقوله: وانفرد وارث حلف بنصيبه وقضى حصته من دين مورثه، وحلف من بلغ ووارث من مات ساكتًا بلا إعادة دعوى وشهادة لا ناكلاً، وتعاد لتخلل عزل قاض ولغير وارث وتلقى ثانى بطن وقفًا رتب ممن حلف بلا يمين، وبها ممن نكل، وفى تشريك حفظ ربع نصيب كل من ولد ليحلف، فإن نكل قسمت، وأخذ لغائب وغير مكلف بشاهدين.

أى: إذا ادعى الورثة مالًا للهالك وأقاموا شاهدًا، وحلف بعضهم، ونكل البعض - فلمن حلف نصيبه لا يشاركه فيه الناكل على المذهب، ولا يلزمه أن يقضى مما استحقه دين الهالك كله، بل يقضى بحصة نصيبه.

وإذا حلف حلف على الجميع لا على قدر نصيبه، وإن كان فيهم صغير أو غائب فبلغ الصبى أو قدم الغائب، حلفا من غير إعادة دعوى ولا شهادة.

وإن مات من لم يحلف نظرت: فإن لم يحصل منه نكول بل سكت عن المطالبة، فلوارثه أن يحلف من غير إعادة دعوى ولا شهادة.

وإن كان قد نكل لم يكن لوارثه أن يحلف، فإن أقام شاهدًا آخر فهل تسمع شهادته بناءً

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

على الدعوى الأولى، أم لا بد من تجديد الدعوى؟ وجهان يجريان فيمن ادعى وأقام شاهدًا ومات، فأقام وارثه شاهدًا آخر.

واعلم أن عزل القاضى فى كل واقعة قبل الحكم يوجب إعادة الدعوى والشهادة، فهنا تعاد للصبى إذا بلغ وللغائب إذا قدم، ولو عاد القاضى إلى الولاية ثانية، وكذا لو كمل نصاب الشهادة وعزل قبل الحكم ثم عاد، فلا بد من تجديد الدعوى والشهادة.

ولو كان الذى لم يحلف شريك الحالف فى وصية أو ملك آخر، فادعى الأول أنه أوصى له ولفلان بكذا، أو أنى اشتريته أنا وفلان، فأقام بذلك شاهدًا وحلف واستحق نصيبه - لم يكن للغائب أن يحلف، بل عليه تجديد الدعوى والشاهد.

والفرق: أن الوارث قائم مقام الميت، وإذا خلف الميت ورثة، فإن ادعى ثلاثة منهم مثلاً أن أباهم وقف عليهم دارًا وقف ترتيب وكذبهم الباقون، فأقاموا شاهدًا وقلنا بالمنصوص: إن الوقف يثبت بشاهد ويمين، فإن حلفوا ثبت الوقف وصار وقفًا عليهم، ولا حق لمن أنكر، فإن مات منهم واحد لم ينتقل نصيبه إلى البطن الثانى حتى يموت الجميع من البطن الأول، بل يصير لمن بقى منهم، فإذا ماتوا انتقل نصيبهم إلى البطن الثانى من غير يمين، على ما قاله الجمهور ونص عليه الشافعى رحمه الله، وقيل: لا بد من اليمين.

وإن نكلوا عن اليمين صارت الدار تركة، فإذا اقتسموها صار نصيب المقرين وقفًا عليهم مؤاخذة لهم بالإقرار.

لكن إذا مات البطن الأول لم ينتقل وقفًا إلى البطن الثانى إلا بيمين، ولهم أن يحلفوا على جميع ما نكل عنه البطن الأول.

وإن حلف بعضهم ونكل بعض، أخذ كل حالف ثلث الدار وقفًا، ويصير باقيه تركة بين من أنكر ومن نكل دون من حلف.

ويصير نصيب الناكل وقفًا عليه بإقراره، فإن ماتوا انتقل نصيب الحالف إلى البطن الثانى بلا يمين، ولا ينتقل إليهم نصيب من نكل إلا بيمين.

وإن كان وقف تشريك وحلفوا ثبت، وكل مولود يولد لأحدهم يصير شريكًا لهم، إلا أنه لا بد من يمينه، فيوقف نصيبه حتى يبلغ ثم يحلف ويأخذ، وإن نكل صار كأنه لم يولد فى حق الحاضرين فيقتسمون نصيبه، وإن مات قبل النكول فلا يخفى أن لورثته أن يحلفوا ويأخذوا غلة النصيب وإن مات بعد النكول فلا حق لهم فيه، لكن لأولاده أن يحلفوا على نصيبهم من الوقف ويأخذوه.

فإن أقام بعض الورثة شاهدين، أخذ الحاكم نصيب الصبى والمجنون وجوبًا، ويأمر بالتصرف فيه بالغبطة. وكذا العين من نصيب الغائب، وإن كان دينًا فجوازًا لا وجوبًا.

ولو قدم الغائب أو كمل المجنون والصبى قبل الأخذ، أخذوا نصيبهم من غير إعادة دعوى.

قال الرافعى: وكلام الأصحاب هنا يقضى بانتزاع نصيب الغائب. وفى باب الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضى والمالك غائب، ففى وجوب قبوله وجهان. فينبغى أن يأتى الخلاف هنا مع إقامة البينة.

قلت: ولعل الفرق أن الغاصب قد صار ضامنًا، وهنا المال كان تحت يد الميت وقد ارتفعت يده فوجب حفظه من الضياع؛ ألا تراه إذا كان دينًا لا يلزم الحاكم اقتضاؤه؟!

وجوب أداء الشهادة

وقوله: وعلى كافٍ أداء بمسافة عدوى لا ذى فسق بإجماع أو عذر جمعة ولنازح أجر مركب وإن مشى ونفقة واستفصل عدلًا لريبة ندبًا ومجهولًا ثم استزكاه، ويجب وإن عدله خصمه كأن طال عهد وشك.

أى: ويجب أداء الشهادة على من تحملها بإشهاد أو علم اتفاقًا، ما لم تزد المسافة المدعو إليها على مسافة العدوى، فإن زادت لم يجب، وإن كان دون مسافة القصر على الأصح.

ويجب وإن كان هناك شهود غيره: فإن لم يكن إلا شاهد واحد، والحق لا يثبت بشاهد ويمين، لم يلزمه الأداء على الأصح؛ لأن شهادته غير كافية.

وكذا إذا دعى لشهادة فى أمر لا يحكم به القاضى، لم يلزم الشاهد الأداء؛ كشفعة الجوار والحاكم شافعى.

ولا يجب على فاسق مجمع على فسقه أداء الشهادة، بل لا يجوز له أداؤها؛ لأن الحكم بها باطل.

وكذلك من به عذر كعذر الجمعة لا يلزمه أداؤها، بل عليه ألا يمتنع من الإشهاد على شهادته أو يستنيب القاضى من يذهب إليه ويسمعها منه.

والمرأة المخدرة كالمعذور، وغير المخدرة عليها الحضور، وعلى زوجها الإذن لها.

ثم إذا دعى الشاهد لأدائها فى البلد فعليه المشى إلا إن تعسر عليه لضعف ونحوه فهو كالنازح عن البلد فله المطالبة بأجرة المركوب، وله أن يمشى إذا أخذها على الأصح، وللنازح عن البلد أيضًا نفقة الطريق، وقد سبق أن أجرة الكاتب على المنتفع؛ ولهذا حذفه هنا.

وإذا ارتاب القاضى فى الشهود استحب أن يستفصلهم، فيفرقهم ويسأل كل واحد عن

زمن التحمل ومكانه وصفته من اجتماع وقت التحمل أو اتحاد وعن المكاتب وما أشبه ذلك.

فإن اتفق كلامهم وأصر كل منهم ولم يبين كيفية التحمل وكانوا عدولًا عنده، حكم بشهادتهم.

وإن كان لا يعرفهم استزكى بعد الاستفصال. وإذا قال الخصم: الشاهد عدل ولكنه غلط فى شهادته، ففيه وجه: أنه يصير بذلك عدلًا فى حقه فلا يستزكى.

والأصح فى العزيز والروضة والمنهاج أنه يستزكى لحق الله تعالى، ولو زكى عنده رجل ثم شك فى عدالته بعد طول الزمان، فالأصح أنه تعاد تزكيته.

[وقوله فى الحاوى: «وللوصية والبطن الثانى» إلى قوله: «لا إن أقر الخصم بعدالته» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وللوصية» لا يختص ذلك بالوصية، بل كل شركاء فى ملك بعقد من العقود إذا أثبت أحدهم سبب الملك له ولشركائه، وأقام شاهدًا وحلف - فلا بد لصاحبه من إعادة الدعوى والشهادة ليحلف.

الثانى: قوله: «وللبطن الثانى إن حلف نصيب كل فى وقف الترتيب» اضطرب فيه كلام الشراح، فصاحب التعليقة ومن تبعه يقول: مقتضاه أن البطن الثانى المتلقى من الناكلين لا بد أن يحلف، والمتلقى من الحالفين لا يحتاج أن يحلف، وهذا هو الصريح، واستشكله القونوى وقال: مقتضاه أن المتلقين لا بد لهم من اليمين، وحمله على الوجه الضعيف وفى لفظ الكتاب من عدم الإيضاح ما يوجب هذا الإشكال.

الثالث: قوله: «ويؤخذ للمجنون والغائب بشاهدين الصبى كالمجنون» فلو قال لغير مكلف لشملهم.

الرابع: قوله «ويجب أداؤها إن دعى من العدوى، أطلق وجوب الأداء، والأصح أنه لا يجب عليه إلا إذا كانت شهادته كافية بأن كان معه شاهد آخر فى نحو الطلاق، أو كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين.

الخامس: قوله: «ومعذور بنحو مرض» كل أعذار الجمعة مسقطة لوجوب الأداء، ألا تراه كيف جاز أن يتحمل عنه الشهادة ولو لم يكن معذورًا لما جاز له التحمل عنه.

السادس: أنه أطلق أن للشاهد أجر المركوب وهو لا يستحقه إلا إذا [كان] الموضع نازحا أو كان يعسر عليه المشى لضعف ونحوه.

السابع: أنه اقتصر على وجوب المركوب وسكت عن وجوب نفقة الطريق وهى واجبة عليه.

الثامن: قوله: «واستزكى» ثم ذكر الاستفصال بعد التزكية تبعا للغزالى.

قال فى الروضة: والصحيح الذى قاله العراقيون وغيرهم أنه يستفصل قبل الاستزكاء، فإن اطلع على عورة استغنى عن الاستزكاء ثم إن عرفهم بالعدالة حكم وإلا استزكى.

التاسع: قوله: «لا إن أقر الخصم بعدالته»، الأصح أن إقراره لا يسقط الاستزكاء عن القاضى إلا إذا صدقه؛ لأنه حق لله - تعالى - كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

العاشر: أنه ذكر فيما بعد أنه إذا عدل الشاهد عنده وطال الفصل أنه يراجع المزكى وظاهره الاكتفاء بإخباره، والأصح كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة» بلفظ الرافعى: أنه يطلب تعديله ثانيا فلا بد من لفظ الشهادة؛ لأن طول الزمان يغير الأحوال.

الحادى عشر: قوله: «وقبل التزكية بشاهدين بحال» اقتصر على الشاهدين، والشاهد والمرأتان كذلك.

الثانى عشر: أنه اقتصر فى الحبس على القصاص وحد الآدمى، والأصح: أنه يحبس للدين أيضا كما سيأتى بيانه][1].

وقوله: وقبل تزكية حجة تمت يحال لبضع وفى غير جوازًا ولو مالًا بلا طلب، ويحبس لقصاص وحد قذف ودين، وكتب بالشاهدين والخصمين والمال لمن يشهد شفاها بأنهما عدل، أو يحكم إن نصب، وبطلب حكم به، وبحمل لا نتاج وثمرة بدت لمطلقة، ورجع مشتر بثمن وإن تنقل.

أى: إذا كانت الحجة شاهدين على أن زيدًا أعتق أمته، أو طلق زوجته وجب على القاضى أن يحول بينهما قبل أن تثبت التزكية احتياطًا وإن لم تطلب الأمة والزوجة الحيلولة. وإن كان المدعى غير ذلك من مال وعتق وعبد ومحرم[2]، فيحال[3] بين المدعى عليه وبينهما إن طلب الخصم ذلك[4]. وكذا دونه إن رأى الحاكم ذلك فى الأصح.

وإن كان قصاصًا أو حد قذف فللمدعى أن يطلب حبس القاتل والقاذف حتى يزكى بينته، وكذلك إذا كان دينًا، نقل فى الروضة عن البغوى أنه الأصح عنده، وقرره وقطع به

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: عين مالا.
(٣) فى أ: فلا يحال.
(٤) فى أ: إلا بطلب المدعى.

فى التنبيه، وقرره النووى فى تصحيحه عليه.

وقال القونوى: إنه قضية إطلاق الأكثرين، فيترك الزوجة عند امرأة ثقة وتمنع الخروج، ولا تستحق الحيلولة بشاهد واحد ولو فى المال؛ لأنه لم تكمل الحجة؛ إذ اليمين لا تكون إلا بعد تعديل الشاهد، ثم تبقى الحيلولة إلى أن يتبين الأمر للقاضى بالجرح أو التعديل. ثم يكتب إلى المزكيين باسم الشاهدين، ويميز كل واحد منهما باسمه ونسبه، ويصفه بما يتميز به عن غيره، ويميز الخصمين كذلك، ويكتب قدر المال أيضًا.

أما ذكر الخصمين فلعله تكون عداوة بين أحدهما والشهود، وقدر المال؛ لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد فى القليل دون الكثير.

فإذا عرف المزكيان عدالتهما حضرا وشهدا عند القاضى مشافهة بعدالتهما؛ فيقول كل واحد منهما: أشهد إنه مقبول الشهادة أو عدل، ويستحب أن يزيد المزكى فيقول: هو عدل علىَّ ولِىَ. وقيل: يشترط ذلك. وإن كان القاضى قد نصب واحدًا يحكم فى الجرح والتعديل وحكم بعدالته وأشهدهما شهدا بحكمه[١]، وإلا أنهى إليه حكمه بذلك مشافهة.

ولا يعتمد الخط[٢]، وإذا ثبتت عدالة الشهود فلا يحكم القاضى ابتداءً، بل إذا سأله الخصم أن يحكم له وجبت إجابته.

ولا يجوز أن يحكم قبل طلبه على الأصح؛ لأن الحق له فلا يحكم له به إلا بإذنه.

فإذا ادعى دابة فى يد إنسان وأقام بينة مطلقة من غير تاريخ أنها ملكه وسأل الحكم، حكم له بها وبالحمل الذى فى بطنها تبعًا للأم؛ كما فى البيع، ولا التفات إلى احتمال انتقاله بالوصية[٣]، ولا يحكم بالنتاج وهو الولد، ولا بالثمرة البادية إذا كان المدَّعَى شجرة، فأما الثمرة غير البادية فكالحمل، وإن كانت مؤرخة بأن شهدت بالشراء من العام الماضى أو إنه غاصب من العام الماضى تبعها إن أمكن.

فإن كان قد اشترى الملك المستحق من آخر بثمن رجع به عليه، وكذلك بائعه يرجع على المشترى الأول.

وفيه إشكال: من حيث إنه لا يستحق النتاج [بالمطلقة لأنا لا نقضى له فيها بالملك إلا قبيل الحكم فلا يقضى له بالولد النتاج][٤] قبل الترافع إلى القاضى، فكيف يستحق الرجوع على البائع، وهو يقول: اشتريته منه العام الماضى مثلاً ويستحقه البائع على من باعه،

(١) فى ط: وحكم بعدالتهما وأشهدهما بحكمه.
(٢) فى ط: الخطأ.
(٣) فى ط: انتقاله بل الوصية.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أورده الغزالى فى وجيزه.

وقوله فى الحاوى: وقبل التزكية بشاهدين يحال فى العتق والطلاق، وبالطلب عن المال - فيه أمران:

أحدهما: قوله: يحال فى العتق، أطلق ذلك فاقتضى التسوية بين الأمة والعبد والمحرم، وليس كذلك بل ذلك واجب فى الأمة غير المحرم دون غيرها.

الثانى: اشترط الطلب فى الحيلولة، والأصح أن للحاكم ذلك إن رآه وإن لم يطلب الخصم.

وقوله: وقبلت بإقرار وأخذ من يده وشراء منه أمس كبملك بلا أعلم له مزيلاً، لا بأعتقده استصحابًا وأحضر من بعد لا وثم قاض ونحوه بل تسمع، لا فى حد الله تعالى دعوى من لم يقل خصمى مقر، أو قاله ليوفيه ويحكم ولو بشاهد ويمين عليه، وعلى طفل ومجنون وميت ومتوار ومتعزز وأخرى لا لهذين لنفى مسقط.

أى: وتقبل شهادة من شهد بإقرار زيد أمس بكذا ويعمل بالاستصحاب، وكذا إذا ادعى ملكًا ويدًا فشهد له بأنه أخذه من يده أمس قبلت الشهادة لليد.

فإن شهدوا باليد أمس، لم تسمع على الصحيح حتى يقولوا: وأخذها منه أو غصبها منه.

وكذلك إذا شهدا إنه اشترى منه الفلانية أمس سمعت الشهادة وعمل بالاستصحاب.

وكذلك إذا شهد له بالملك أمس وقال: لا أعلم لملكه مزيلاً، سمعت هذه.

فإن قال: أعتقد أنها ملكه إلى الآن عملاً بالاستصحاب، لم تسمع، وإن جاز له أن يشهد له بالملك عملاً بالاستصحاب.

ويجوز للقاضى أن يحضر من كان فى محل ولايته إذا لم يكن له نائب هناك، سواء بعدت المسافة أم قربت على الأصح، والمتوسط بينهما إذا كان عاقلاً عارفًا فهو كالقاضى.

وإن كان هناك نائب أو متوسط، فليس له إحضاره على الصحيح، وحيث يمتنع إحضاره سمعت الدعوى عليه غائبًا إن لم يدع إقرار المدعى عليه، فإن ادعى إقراره لم تسمع دعواه، ويكفيه ألا يتعرض لجحود الإقرار، هذا فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ليكتب له به إلى قاضٍ آخر.

فأما إذا كان للغائب مال حاضر، وأراد إقامة البينة بدينه ليوفيه القاضى، فإنه يسمعها ويوفيه، سواء قال: هو مقر أو جاحد، نقله فى الروضة عن فتاوى القفال، وهو معنى قوله: أو قاله ليوفيه، ولا يلزم القاضى نصب مسخر ينكر عن الغائب على الصحيح.

ويحكم عليه بطلب المدعى بعد تمام الحجة، سواء كانت بشاهدين أو شاهد ويمين، ولا بد مع كمالها من يمين أخرى استظهارًا لنفى المسقطات، فيحلف أن المال باق فى ذمته، أو يحلف إنى ما أبرأت ولا استوفيت ولا اعتضت ولا أحلت.

ولا يشترط التعرض فى هذه اليمين لصدق البينة، ويحلف هذه اليمين أيضًا للطفل والمجنون والميت لا المتوارى ولا المتعزز على الأصح؛ لأنهما قادران على الحضور[١]، فالتقصير منهما، وإليه الإشارة بقوله: لا لهذين.

فالمتوارى هو المتخفى، وينبغى أن يبعث القاضى من ينادى على باب داره أنه إن لم يحضر سمر بابه أو ختمه.

فإن لم يحضر وسأل الخصم تسمير بابه أو ختمه أجابه، وإن عرف له مكان بعث له جماعة من النساء أو الصبيان أو الممسوحين.

والمتعزز هو المتغلب، ولا تسمع الدعوى فى حد من حدود الله تعالى على الغائب ولا المتوارى والمتعزز.

[وقوله فى الحاوى: «فإن ارتاب فليستفصل» إلى قوله: «ويحضر دونه إن لم يكن ثم قاض» فيه أمور:

أحدها: قوله: «فإن ارتاب فليستفصل» ظاهره وجوب الاستفصال؛ لأنه لم يقل: استفصل بل جاء بلام الأمر وفاء الجواب وترك عادته فى الاختصار، والصحيح كما قال فى الروضة أنه الذى ذكره ابن كج والبغوى وعامة الأصحاب، والموافق للفظ المختصر: أنه مستحب.

الثانى: قوله: «فإن أصر حكم» مقتضاه أنه يحكم بلا طلب من الخصم، والذى قطع به فى «التنبيه» و«المهذب» و«البيان» وغيرها: أنه لا يحكم حتى يطلب الخصم.

الثالث: قوله: «ولو شهد بإقراره أمس أو يده» ما ذكره فى اليد تبع فيه الوجيز، والأصح أنه لا يحكم بالشهادة حتى يقول: كان فى يد المدَّعَى فأخذه منه أو غصبه.

الرابع: قوله: «لا أن أعتقد بالاستصحاب» قد يقرأ: لا إن اعتقد بفتح القاف على أنه فعل ماض فيختل المعنى؛ لأن المعنى يصير إذا اعتقد الاستصحاب لا يجوز أن يشهد، وليس كذلك، بل يجوز له، والصواب أن يقرأ بكسر القاف على أنه فعل مضارع معمول لقول محذوف، والتقدير: لا إن قال الشاهد: كان ملكه أمس وأعتقد بقاءه إلى الآن

---

(١) فى أ: الخصومة.

بالاستصحاب، وفى عبارته على هذا التقدير ضعف.

الخامس: قوله: «كسماع الدعوى إن لم يدع إقراره» أطلق أنه لا يحكم ولا يسمع الدعوى على غائب ممن يدعى إقراره، وليس على إطلاقه، بل ذلك فيما إذا أراد أن يكتب له القاضى إلى قاضٍ آخر، أما إذا كان للغائب مال حاضر وأراد أن يقضيه الحاكم منه، فإنه يسمع دعواه، وإن قال: هو مقر؛ كما ذكرناه عما فى الروضة.

السادس: قوله: «ويحضر دونه» أى: دون فوق مسافة العدوى فما دونها لا فوقها، ولم يكن هناك قاضٍ، والذى قطع به العراقيون كما قال فى الروضة، وقال الماوردى: وهو الذى ذهب إليه الأكثرون وهو الظاهر من المذهب أنه يجوز إذا لم يكن هناك قاض، وإن بعدت المسافة.

السابع: أنه اقتصر على قوله: «إن لم يكن ثم قاض» ولم يتعرض لما إذا كان هناك من يصلح للتوسط بينهما فى الصلح، وقد ذكر فى الروضة: أنه كالقاضى يبعث إليه ليتوسط بينهما فى الإصلاح، فإن تعذر الإصلاح أحضره.

الثامن: أنه سوى بين الغائب والمتوارى والمتعزز فى اليمين الأخرى التى للاستظهار، والأصح أنه لا يحلفها لأجلهما؛ لأنهما قادران على الحضور؛ كما سبق ذكره][1].

وقوله: وإن ادعى أنه أدى أو أقر له أو حلفه أو علم بفسق حلف حاضر لا غائب وقضى وكيله ولو من مال غائب وأخذ بلا كفيل وإلا شافه بحكمه قاضيًا وهو إذ كلٌّ بمحل كل ولايته كثان مستقل.

أى: وإذا ادعى حاضر على حاضر مالًا وثبت، فادعى أنه أدى ما عليه إلى المدعى أو أبرأه منه، فله تحليفه، فإذا حلف حكم له.

وإذا ادعى أنه أقر له بالاستيفاء، فالأصح أن هذه الدعوى تسمع؛ لأنه لو أقر نفعه فيحلف إنه ما أقر ثم يحكم له.

وكذلك إذا ادعى أنه قد حلف مرة عند قاض آخر فأنكر تحليفه، حلف ثم حكم له.

وكذلك إذا ادعى علمه بفسق الشهود فأنكر، حلفه ثم حكم له.

فلو قال: أبرأتنى عن هذه الدعوى لم يحلف على الأصح. وأما إذا ادعى الوكيل للغائب فإنه لا يبعث إلى الغائب ليحلف بل يحكم له، ويستوفى الوكيل منه، بل لو كانت الدعوى لغائب على وكيل غائب حكم له من غير تحليف وسلم إلى وكيله.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ولا يؤخذ من وكيل الغائب كفيل بما قبض؛ لأن الحكم قد تم، والأصل عدم الدفع، هذا إذا وجد للغائب مال، فإن لم يوجد وسأل الخصم من الحاكم الإنهاء إلى قاض آخر ليستوفى له، وجب له ذلك.

وذلك قد يكون مشافهة، وكل فى محل ولايته بأن يقف كل واحد فى طرف محل ولايته أو بأن يجتمعا فى محل ولاية الحكم[1] وقلنا: يقضى بعلمه.

وكذلك إذا كان فى البلد قاضيان، فإن لأحدهما أن ينهى إلى الآخر، وفى قوله: مستقل، إشارة إلى أنه لا يجوز تولية قاضيين فى بلد على أن يشتركا فى الحكومات، بل لا يجوز حتى يكون كل منهما مستقلًا.

وقوله: أو كتب ندبًا به وباسميهما ونسب وحلى وختم وبطل إشهاد لا إقرار بما فيه مجملاً وعلى اسم مجهول، وإن قال رجل: عنيت، وانصرف عن مظهر مشارك وجاحد اسم حلفا، وبسماع من شهود إلى بعد إن عين أو عدل لا شهود كتابه.

أى: فإن لم تتفق المشافهة وسأل كتابًا بالحكم، استحب للحاكم أن يكتب له، ولا يلزمه أن يكتب بل عليه الإشهاد. فإن كتب فليسم المحكوم له وعليه ونسب كل منهما وحليته بحيث يتميز عن غيره.

ولا يشترط أن يكتب بعدالة الشهود؛ لأن الحكم بشهادتهم يتضمن عدالتهم، بل لا يشترط تسمية الشهود ولا التعرض لأصل الشهادة.

ويكفيه أن يقول: بحجة أوجبت الحكم، فقد يحكم بشاهد ويمين فيقع مع حنفى لا يمضيه أو يحكم بعلمه.

ويستحب أن يختم الكتاب، وأن يدفع إلى الشهود نسخة غير مختومة، ليتذكروا بها، ويشترط أن يفصل للشهود الحكم، فلا يكفى[2] أن يقول: [أشهدكما][3] على حكمى بما فى هذا الكتاب، بخلاف المقر فى هذا الكتاب؛ فإن الشاهد إذا حمله وحفظه وشهد إنه أقر بما فيه، سمعت على الأصح؛ لأنه يصح الإقرار بالمجهول، لكن يشهد الشاهد كما سمع مجملاً. وهل يجوز أن يشهد بالتفصيل الذى فى الكتاب؟ فيه تردد.

فلو حكم على مجهول كمحمد بن أحمد بطل الحكم حتى لو قال رجل: أنا المعنىُّ بالحكم، لم يقبل حتى يقر بالمال، ويحكم بإقراره، فإن ذكره بالحلية والنسب فأظهر له

---

(١) فى أ: الحاكم.
(٢) فى أ: ولا يشترط.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

مشاركًا فى الاسم والنسب والحلية لم يبطل الحكم، لكن يحلف إنه ليس هو المحكوم عليه وتتخلى سبيله ويطالب شريكه فى الاسم والصفات، فإن حلف أيضًا بعث القاضى إلى الكاتب ليسأل من الشهود مزيد وصف يذهب به الإشكال، فإن لم يفعلوا وقف الأمر إلى أن يتبين.

وإن لم يظهر له اسمًا يشاركه لم يقبل منه، وإن أنكر كون اسمه هذا فالقول قوله فيحلف ويخلى سبيله إن لم تقم بينة بأنه اسمه، ويجوز أن يكتب بسماع البينة إلى من يحكم بها بشرط أن يكون بعيدًا فوق مسافة العدوى؛ لأن الأصح أنه كنقل شهادة الفروع بشهادة الأصول.

وينبغى تسمية الشهود ووصفهم كما فى شهود الحكم، والأولى أن يعدلهم؛ لأن ذلك ببلدهم أسهل، فإن لم يعدلهم عدلهم المكتوب إليه، وإذا عدلهم فهل يغنى ذلك عن تسميتهم؟ منعه الإمام والغزالى وقال الرافعى: القياس جوازه، وهو المفهوم من كلام البغوى.

وإذا سمى وعدل الشهود، فللمكتوب إليه الاكتفاء بتعديله على الأصح.

ولا يجوز له الاكتفاء بتعديل شهود الكتاب؛ لأنهم إنما يشهدون عنده فلا معنى للكتب بعدالتهم إليه. وكما يجوز الكتاب بشهادة شاهدين يجوز بشهادة واحد أيضًا.

وقوله: وشهدوا بحكمه عند كل وإن خص أو انعزل أو خالف كتابه، وبالحكم بملك غائب معروف أو عرف بالحد وبسماع بينة على مجهول وصف لينقل بكفيل حتى يشهدوا عليه ويحضر حاضر سهل نقله.

أى: وإذا كتب القاضى بالحكم إما إلى حاكم مخصوص أو عام إلى كل حاكم، جاز لشهود الحكم أن يشهدوا به عند كل حاكم، سواء كان الحاكم الكاتب باقيًا على ولايته أو انعزل عنها بموت أو عَزْلٍ أو فسق أو ردة.

ويشهدون أيضًا بما سمعوا من حكمه، وإن وجدها المكتوب إليه مخالفة لما فى الكتاب؛ لأن التعويل على شهادتهم.

وإنما يعمل بكتاب المنعزل إذا كان حكمًا، وأما فى إنهاء الشهادة فلا.

وإذا ادعى عند الحاكم عينًا غائبة عن مجلس الحكم، سواء كانت فى البلد أو غيره، أو كانت معروفة لا تشتبه بغيرها: كالعبد المعروف والفرس المشهور والدار المستغنية عن التحديد بالشهرة - سمعت الدعوى عليها والبينة وحكم بها، وأنهى الحكم بذلك إلى الغائب إذا احتاج.

وكذلك إذا عرف العقار بالحدود الأربعة حكم به، ولا بد أن يكتب مع الحدود فى العقار الاسم والصفة.

وإن لم يكن الملك[١] معروفًا، فالأصح جواز الدعوى به فى الغيبة وسماع البينة إذا بالغ فى وصفه بما يمكن من الوصف وتعريفه بالصفات.

والأظهر أن الركن فى المثليات الصفات فيصفها بصفات السلَم، ويستحب ذكر القيمة وأن الركن فى ذوات القِيَم القيمة.

ويستحب ذكر الصفات، وأما فى الكتاب إلى القاضى فيتعين ذكر الصفات حتى تتميز العين ثم ينهى سماع البينة عليها إلى قاضى بلد العين؛ ليأخذها ممن هى فى يده ويسلمها إلى المدعى، إن رأى ذلك.

ويأخذ بذلك كفيلاً ببدنه أو يسلمها إلى أمين، فإن كانت جارية تعين الأمين، فإذا حضرت العين وشهد الشهود عليها وحكم بها للمدعى كتب ببراءة الكفيل.

ويستحب للقاضى المكتوب إليه أن يختم على العين بخاتمه، ولو أظهر الخصم هناك عينًا أخرى مشاركة فى الاسم والوصف، انقطعت المطالبة كما فى الخصم.

وأما فيما حكم به مما عرف فلا يمكن أن يظهر المدعى مشاركًا؛ لأنه لا يحكم إلا بما قد صار معروفًا.

وإن كان الملك المدعى حاضرًا فىَ البلد وسهل إحضاره إلى مجلس الحكم، طالب المدعى عليه بإحضاره، ولا تسمع الشهادة عليه غائبًا وإن كان كرباسًا.

وإن تعسر إحضاره بأن كان ثقيلاً أو مثبتًا فى الأرض أو فى البناء وأورث قلعه ضررًا، حضر القاضى عنده، أو بعث نائبه وادعى على عينه.

وإن كان عقارًا وقال الشاهد: أعرف الأرض ولا أعرف أسماء الحدود، حضر القاضى أو نائبه أيضًا وادعى عنده.

وقوله: وحبس بجحد موصوف ثبت، وبدعوى تلفه يخرج، فإن حلف فليدع قيمة مثله، وتسمع فى كذا أو قيمته إن تلف، وغرم مؤنة محضر لم يثبت ورده وكذا أجرته نازحًا لا مالكه.

أى: وإذا ثبت بالبينة أو باليمين المردودة أن العين فى يده فجحدها حبس.

فإن قال: تلفت، قبل منه وإن كان منافيًا لقوله؛ لئلا يتخلد فى الحبس وأخرج من

---

(١) فى أ: المالك.

الحبس.

فإن حلف إنها تالفة فله طلب القيمة فينشئ بها دعوى، فإن اتفق عليها فذاك. وإلا فله قيمة موصوف بتلك الصفات. فلو أقام بينة بقيمة أكثر مما يقتضيه وصفه لم تسمع، وإذا لم يعلم أن العين باقية أو تالفة فله أن يدعى مترددًا فيقول: غصب منى كذا ويصفه، فإن كان باقيًا فعليه رده، وإن كان تالفًا فعليه قيمته، وتسمع هذه الدعوى للحاجة.

فإن أنكر الخصم حلف إنه لا يلزمه رد العين ولا قيمتها، وإذا ألزم القاضى المدعى عليه إحضار العين المدعاة سواء كانت فى البلد أو فى غيرها أو بعثها القاضى المكتوب إليه نظرت: فإن ثبت الملك فيها للمدعى، فلا يخفى أن مؤنة الإحضار على المدعى عليه لعدوانه.

وإن لم يثبت له فمؤنة الإحضار والرد على المدعى.

وأما أجرة العين: فإن كانت فى البلد لم تلزم؛ لأن هذا مما يتسامح به.

وإن كانت فى مكان بعيد عن البلد وهى مما له أجرة كالعبد والدابة، لزمه أجرة المثل.

وأما المدعى عليه وهو المالك إذا حضر فلا يستحق أجرة؛ للمسامحة بمثل ذلك، ولأن منفعة الحر لا تضمن بالفوات.

[وقوله فى الحاوى: «ويشهد عند كل وإن لم يعمم» إلى قوله: «ويسمع دعوى العين أو قيمتها إن تلفت» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ويشهد عند كل وإن لم يعمم» مقتضاه: أنه يشهد إذا مات الكاتب مطلقًا، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان الكتاب بما حكم.

وأما إذا كان بسماع البينة فإنه لا يشهد ولا يصح العمل بكتابه.

الثانى: قوله: «وإن مات» اقتصر على الموت»، فقال ابن النحوى مستدركًا: وعزله وجنونه وعماه وخرسه كموته، فلو قال: أو انعزل، كما فى الإرشاد - لتضمن الجميع.

الثالث: قوله: «ويسمع البينة فى متميز بعلامة» هذه طريقة الإمام والغزالى، والأصح السماع مطلقًا؛ كما ذكره فى «العزيز» «والروضة» لكن ما لا يعرف بعلامة يبالغ فى وصفه.

الرابع: قوله: وتسمع دعوى العين أو قيمتها إن تلفت، لو قال: ويسمع ادعاء العين أو قيمتها إن تلفت - كان أقرب لفهم المراد][1].

وقوله: وإن استوقفه شهود ثم أذنوا حكم، وإن رجعوا قبله لم يحكم، وحدوا بقذف أو

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

بعده أمضى غير عقوبة وغرموا، ففى طلاق ونحوه مهر مثل لا إن راجع، وفى عتق ولو لأم ولد ومكاتب قيمته لا باستيلاد وتعليق بصفة قبل العتق.

أى: وإن ادعى وشهد شهود بما ادعى ثم جاء الشهود إلى القاضى وقالوا: توقف فى الحكم لنتبين، لم يكن له أن يحكم.

فإن رجعوا إليه وقالوا: احكم فنحن ثابتون على الشهادة، جاز أن يحكم؛ لأنهم جزموا الشهادة وعرض لهم شك وزال.

وإن رجعوا عن الشهادة قبل الحكم، لم يكن له أن يحكم، ثم إن قالوا: تعمدنا ثبت فسقهم.

وإن قالوا: غلطنا، لم يفسقوا، لكن لا تقبل منهم تلك الشهادة إن أعادوها.

وإن كانت شهادتهم بزنى صاروا قذفة، وحدوا حد القذف، وتسقط شهادتهم وإن قالوا: غلطنا؛ لأن مثل هذه الشهادة حقها التثبت، وإن رجعوا بعد أن حكم بشهادتهم لم ينقض حكمه، فإن كان المدَّعَى مالًا وقد استوفى، غرموا وإن لم يستوف استوفى.

وإن كان غيره من العقود والفسوخ والعتاق والطلاق لم ينقض، وإن كان فى عقوبة مثل القصاص وحد القذف فإن كانت قبل الاستيفاء لم يستوف؛ لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ويجب الاحتياط فيها فألحقت بالحدود[1].

ويغرم الشهود ما فات على الزوج بتفويت منفعة البضع مهر المثل جميعه سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده؛ لأنه قيمة ما فات على الزوج.

وإنما ينظر فى الغرم إلى القيمة لا إلى ما قامت به السلعة على المالك. ولو أبرأته من الصداق وشهد اثنان بطلاقها قبل الدخول ثم رجعا بعد الحكم، غرما مهر المثل، بخلاف ما إذا أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة، فإنه لا يلزمها إلا نصف المهر؛ لأن الرضاع يقطع النكاح حقيقة؛ كالطلاق.

وهنا لا فراق فى الحقيقة؛ لاعترافهم بالكذب.

وإن شهدوا برجعى نظرت: فإن راجع فلا غرم، وإن لم يراجع حتى انقضت العدة غرموا.

ولو شهدوا بعتق أم ولد أو مكاتب أو مدبر ثم رجعوا، لزمهم قيمة كل واحد منهم؛ لتفويتهم ملكه.

---

(١) فى أ: بالشهود.

وإن شهدوا باستيلاد أو تدبير أو عتق معلق بصفة ثم رجعوا، لم يلزمهم الغرم حتى يوجد العتق بالموت فى المستولدة[١] والمدبر، وحتى توجد الصفة فى العتق المعلق بها. وكذا الحكم فى الطلاق المعلق بالصفة؛ لأنه وقت زوال الملك.

وقوله: كل حصة ما نقص عن أقل حجة لا شهود بإحصان أو بوجود صفة، وإن شهدا بنكاح واثنان بوطء بعده لا مطلقًا واثنان بطلاق ورجعوا غرموا ما غرم بالسواء إلا شاهدى الطلاق.

أى: وإذا رجع الشهود ولزمهم الغرم كان بالحصة، فإذا شهد اثنان ورجع واحد لزمه النصف، وإن شهد أربعة بالزنى فرجم الزانى ثم رجع شاهد غرم ربع الدية.

وإنما قال: ما نقص عن أقل حجة؛ ليدخل فيه ما إذا شهد أكثر من النصاب.

فلو شهد خمسة أو أكثر بالزنى ثم رجع واحد وثبت الباقون، لم يلزمه شىء؛ لأنه لم ينقص عن أقل الحجة شىء وهى أربعة.

فإن رجع اثنان فالناقص عن أقل الحجة واحد فيلزمهما ربع الدية، وإن رجع ثلاثة فنصفها، أو الكل كانت أخماسًا بينهم.

ولو شهد أربعة بالزنى واثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شاهدا الإحصان، لم يغرما؛ لأنهما لم يشهدا بما يوجب العقوبة، وإنما وصفاه بصفة كمال.

وقيل: إن تأخرت شهادتهما غرما، ولا يغرم من شهد بوجود الصفة.

فلو علق طلاق امرأته أو عتق عبده بدخول الدار فشهدوا بدخوله، ثم رجعا عن الشهادة بعد الحكم بالطلاق أو العتق لم ينقض الحكم ولا يلزمهما الغرم؛ لأن الصفة ليست سببًا للطلاق أو العتق بل شرطًا، والحكم يضاف إلى السبب لا إلى الشرط.

وإذا ادعت امرأة نكاحًا على رجل وشهد لها اثنان بذلك، ثم ادعت أنه وطئها بعد النكاح ليكمل لها لمهر، وشهد لها بذلك اثنان وأخذ منه، ثم شهد اثنان بالطلاق ورجعوا جميعًا - فالمهر لزم نصفه بشاهدى النكاح ونصفه بشاهدى الوطء، فيغرمونه بالسواء كل واحد بالربع، ولا يغرم الشاهدان بالطلاق؛ لأنهما يوافقانه فى زعمه أنه لا نكاح بينهما.

هذا إذا قيد شهود الوطء بكونه بعد النكاح أو بتاريخ بعد تاريخه، وإن أطلقوا الشهادة لم يغرموا؛ لاحتمال أن يكون فى نكاح سابق أو فى شبهة أو زنى.

وقوله: ونساء فى مال، وكل ثنتين فى رضاع كرجل، واقتص من شاهد ومزك تعمد لا

(١) فى ط: فى الموت بالمستولدة.

إن جهل قتله بها أو قال: أخطأ شريكى ولا إن رجع ولى تعمد بل هو.

أى: والنساء لسن بحجة كاملة فى المال بل المرأتان والعشر كرجل، بخلاف الرضاع وما يطلع عليه النساء، فإذا شهد رجل وعشر نساء بمال ورجعوا، فعليه النصف وعلى كل واحدة نصف العشر.

ولو رجع منهن ثمان فلا شىء عليهن، ولو رجع الرجل وثمانى نسوة لزمه النصف دونهن.

وأما فى الرضاع ونحوه فكل ثنتين كرجل فلو شهد رجل مع أربع نسوة ورجعوا فعليه الثلث وعليهن الثلثان.

وإن رجع واحدة فلا شىء عليها، وكذا لو رجع اثنتان دونه.

وكذا إن شهد مع عشر نسوة ورجعوا، لزمه السدس ولزمهن خمسة أسداس. ولو رجع واحدة أو مع ست نسوة، فلا غرم؛ لبقاء النصاب.

وإذا قتل المشهود عليه بشهادتهم بما يوجب قتله من قصاص أو زنى بإحصان أو بما يوجب الجلد وجلد فمات، وقالوا: تعمدنا - لزمهم القود، فيرجمون على الأصح إن رجم[1] المشهود عليه، والمزكى شريك الشاهد، يقتل إن تعمد الكل، وإن عفى على مال وزع على الشاهد والمزكى بالسواء.

فإن قال الشاهد: لم أعلم أنه يقتل بشهادتى، وأمكن تصديقه - فلا قصاص عليه ولا على شريكه على الأصح؛ لأنه شريك مخطئ، وجعلوه شبهة عمد، ولا يقتلون إذا قال أحدهم أخطأت، لكن تلزمه حصته من الدية مخففة فى ماله، ولا تلزم العاقلة إلا إن صدقوه فى الخطأ، ويلزم الباقين مغلظة لاعترافهم بالعمد. وإن قال: تعمدت وأخطأ شريكى، سقط عنهما[2] القتل على الأصح.

وكذا إن قال كل منهما: تعمدت وأخطأ صاحبى لم يقتل واحد منهما؛ لأن كلا منهما لم يقر إلا بقتلٍ صدر من شريكين أحدهما مخطئ؛ فتجب الدية عليهما مغلظة.

ولو قال أحدهما: تعمدنا، وقال صاحبه: أخطأنا، قتل الأول؛ لاعترافه، وكذا إذا رجع الولى مع الشهود فإن القصاص عليه دونهم على الأصح؛ لأنه المباشر وهم معه كالممسك فيقتل دونهم.

وقوله: أو حلف أمين لتلف مع إثبات لظاهر لا إن عم ولرد على مؤتمن لا راهن ومؤجر، وحلف مدعٍ بقاء حياة ملفوف وسلامة ما ستر مروءة وموتا بغير ذوات ديات يمكن

---

(١) فى أ: رجع.
(٢) فى أ: عنه.

ولو قتل نفسه أو بعد برء يمكن، وحرية مجنى عليه وإقراره بأنوثة وقصد أداء ودونه تخير وحرية أصل من اشترى ساكتًا ولم يرق صغيرًا.

أى: والحجة ما ذكر أو حلف أمين(١) لتلف.

هذا شروع فى ذكر ما القول فيه قول المدعى، فكل أمين كالوكيل - وإن كان بجعل - المضارب والأجير المشترك والمنفرد والمستأجر والمودع والمرتهن وسائر الأمناء من ادعى التلف منهم فالقول قوله.

فيحلف إن ادعى(٢) بسبب خفى، وكذا إذا ادعاه بسبب ظاهر وثبت، فإذا قال: نهبت القافلة ونهب المال، أو أحرق البيت والوديعة فيه، فإنه لا يقبل قوله حتى يثبت النهب والحريق، فيكون حيئنذ القول قوله مع اليمين نعم إن كان التلف(٣) عامًّا لجنس تلك الوديعة فى البلد، لم يحلف بل يقبل قوله من غير يمين، ويحلف أيضًا للرد على من ائتمنه؛ كالوديع يدعى الرد على المودع والعامل على المقارض(٤).

فإن ادعى الرد على وكيل المالك لم يصدق إلا ببينة.

ولا تسمع(٥) دعوى المستأجر والمرتهن إذا ادعيا الرد على من استأجر منهما؛ لأنهما قبضا لمصلحة أنفسهما.

وكذا يحلف من ادعى بقاء حياة ملفوف، فإن ادعى الولى على من قد ملفوفًا بالسيف أنه كان حيًّا وأنكر، حلف الولى؛ لأن الأصل بقاء الحياة.

وكذلك إذا قطع عضوا من آخر وادعى به عيبًا نظرت: فإن كان فى موضع ظاهر، فالأصح أن القول [قول الجانى بيمينه لقدرة المجنى عليه على إقامة البينة، فإن كان فى موضع يستر مروءة فالقول](٦) قول المجنى عليه؛ نظرًا إلى أن الأصل السلامة.

وكذا يحلف الولى إذا ادعى الاندمال فيمن قطعت يداه ورجلاه ثم مات، وادعى الجانى أنه مات قبل الاندمال، وأنه لا يلزمه إلا الدية، فقال الولى: بل اندملت الجراحات ومات بسبب آخر فيلزمه الديتان - فإن القول قول الولى.

وهذا إذا مضت مدة يمكن فيها الاندمال، وكذا لو ادعى موت المذكور بغير تلك

---

(١) فى أ: أبين.
(٢) فى أ: ادعاه.
(٣) فى أ: المتلف.
(٤) فى أ: القارض.
(٥) فى أ: وتسمع.
(٦) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الجراحات، فإنه يصدق حتى لو ادعى أنه قتل نفسه أو شرب سما موجبًا فإن القول قول الولى على الأصح؛ لأن الديتين قد لزمتاه والأصح[١] بقاؤهما فى ذمته.

واعلم أنه فى الإرشاد لم يذكر مسألة الرجوع عن الإذن هنا؛ لأنه قد سبق ذكرها فى الرهن.

وكذلك يحلف المجهول أو وليه إذا جنى عليه وادعى أنه حر؛ لأن الظاهر والغالب الحرية؛ ولهذا حكمنا بحرية اللقيط المجهول.

وإن قطع رجل من الخنثى مذاكيره، فادعى الخنثى الوضوح وأنه ذكر، فقال: بل أقررت بالأنوثة فلا قصاص لك - فقولان: أظهرهما القول قول الجانى؛ لأن الأصل براءته من القصاص.

قال فى الروضة: وهذا نصه فى مواضع، وكذلك يحلف إذا ادعى المديون أنه قصد قضاء الدين الذى به رهن أو ضمين، وقال المستحق: بل قصدت الآخر - حلف المديون؛ لأنه أعرف بما نوى، بل لو لم ينو شيئًا كان له أن يتخير ويصرفه إلى ما شاء من الدينين.

وإذا اختلفا فى حرية الأصل بأن قال بالغ تحت يد رجل: أنا حر لم يجر على رق، فالقول قوله وإن تداولته الأيدى كثيرًا.

فإذا حلف رجع على من اشتراه منه إن لم يقر المشترى بحريته ولا برقه، إلا إذا قال: اعتمدت فى الرق على ظاهر اليد أو ذكرته[٢] بسبب الخصومة.

فإن ادعى العبد الإعتاق لم يكن له أن يحلف، وكذا إذا جرى عليه الرق وهو صبى لم يكن له أن يحلف إذا بلغ على الأصح.

قال الرافعى - رحمه الله تعالى -: ولا فرق بين أن يدعى فى الصغر ملكه ويستخدمه، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ، ثم يدعى ملكه وينكر[٣].

ثم البالغ إذا لم يدع الحرية وباعه السيد وهو ساكت، جاز شراؤه على الصحيح وإن لم يسأل؛ لأن الظاهر أن الحر لا يباع.

وقد جعل الإرشاد لتصديق مدعى الحرية الأصلية بيمينه بشرطين:

ألا يسترق صغيرًا، وأن يشترى ساكتًا؛ لأنه إذا نفى الرق عن نفسه حال الشراء امتنع شراؤه، فإن اعترف بالرق لم يكن له أن يحلف.

---

(١) فى أ: والأصل.
(٢) فى ط: وذكرته.
(٣) فى أ: وإن لم ينكر.

القسامة

وقوله: وأقسم مستحق قتل ولو سيدًا فى عبد لمكاتب عجز قبل نكول كوارث ولو لعبد وصى، بقيمته خمسين يمينًا بذكر خطأ وعمد، لبدل فقط بلوث غلب ظنًّا كقتيل بين جمع، وادعى على محصور أو بمحلة أعدائه أو صف قتالهم وإلا فعلى صَفَّنا وصحراء، بذى سلاح ملطخ وإقرار بسحر وآلمه حتى مات، وقول شاهد أو صبية أو كفار مع أثر ولو ضربًا، لا إن تكاذب شاهدان بوصف لا قصد أو ادعى غيبة وحلف أو كذب وارث ما، ونقض حكم بثبوت غيبة ومرض وحبس يبعد قتله.

أى: ويقسم مدعى القتل خمسين يمينًا بلَوْث غلب ظنًّا، وهذا موضع فيه ذكر القسامة فى دعوى الدم التى يحلف فيها المدعى، وليس ذلك إلا فى دعوى القتل خاصة.

أما دعوى الجرح فاليمين على المدعى عليه، وسواء كان القتيل حرًّا أو عبدًا إذا قلنا: إن العاقلة تَدِى العبدَ وهو الأصح، وسواء كان المستحق حرًّا أو مكاتبًا فيقسم المكاتب فى عبده إن قتل.

فإن عجز[1] سيده قبل النكول أقسم السيد ليأخذ القيمة، وإن عجز بعد نكوله فلا شىء كالوارث إذا مات مورثه المستحق لبدل الدم قبل النكول قام وارثه مقامه حتى لو كان المورث عبدًا وصى المورث بقيمته ولو بصيغة إن قتل، فإن الوصية تصح بذلك لاحتمالها الجعالة[2]، كان للوارث أن يحلف؛ لأن له غرضًا فى تنفيذ الوصية، وليس للموصى له أن يحلف؛ لأنه لا يملكه ولا الوارث بعد نكول المورث.

ويشترط لسماع الدعوى أن يذكر القتل بأنه خطأ أو عمد، ويقسم على ذلك وبدل العمد فى مال الجانى مغلظة كما سبق.

ولا يقسم على القتل المطلق على الأصح، ولا يثبت بالقسامة قصاص بل بدله، واللوث قرينة تغلب على الظن فيحلف بها المدعى خمسين يمينًا كما سيأتى ويستحق الدية.

فإذا وجد قتيل فى محلة أعدائه أو قريتهم الصغيرة فإن ذلك لوث، وكذلك إذا تفرق محصورون عن قتيل فى طريق أو دار أو مسجد أو ازدحم قوم على منهل أو باب الكعبة أو غيره.

فإن كانوا جمعًا غير محصور أو على عدد محصور منهم يتصور اجتماعهم، فينبغى -

---

(١) فى أ: عجزه.

(٢) فى أ: الجهالة.

كما قال الرافعى - أن يقبل ويمكن من القسامة كما لو ثبت اللوث فى جماعة محصورين، فادعى الولى القتل على بعضهم.

وكذلك إذا التقى الصفان والتحم القتال ووجد قتيل، فهو لوث فى حق العدو لا فى حق أصحابه، سواء وجد قتيلاً فى صفه أو فى صف عدوه، وإن لم تقع مراماة فهو لوث فى الصف الذى وجد فيه.

وإن وجد قتيل فى صحراء، ووجد عنده رجل بيده سلاح ملطخ بالدم، أو على ثوبه، وليس هناك ما يحال عليه القتل - كان لوثًا فى حق الرجل.

وإذا أقر رجل بأنه سحر آخر سحرًا ممرضًا وبقى منه متألمًا إلى أن مات، فهو لوث فى حقه؛ لأن الأصح أن السحر لا يثبت إلا بإقرار الساحر.

ولو قال عدل: قتله فلان، كان لوثًا، وكذلك قول جمع من النساء أو العبيد أو الصبيان أو الفساق والكفار، وتعتبر الكثرة.

ومن صور اللوث الاستفاضة، وليس منه قول المجروح: قتلنى فلان، أو دمى عند فلان.

ومن صورة إبهام الشاهد كقتله أحد هذين فيعين الولى من يقسم عليه، ولكن لا بد من ظهور أثر على القتيل من جرح أو تخنيق أو ضرب ونحوه كعصر خصيتيه.

فإن لم يظهر أثر أصلاً لم يكن لوثًا على الصحيح.

وإذا تكاذب الشاهدان نظرت: فإن تكاذبا فى زمان القتل أو مكانه أو آلته أو صفة من صفاته غير صفة العمد والخطأ، لغت شهادتهما ولم يعد لوثًا، بأن قال أحدهما: قتله يوم الخميس، وقال الآخر: يوم الجمعة، أو قال أحدهما: فى الدار، وقال الآخر: فى المسجد، أو قال: قتله بسكين، وقال الآخر: بسنان، أو قال أحدهما: قده نصفين، وقال الآخر: طعنه.

أما إذا قال أحدهما: قتله عمدًا، وقال الآخر: قتله خطأ - فالأصح أن أصل القتل يثبت ويكون لوثًا قطعًا.

فإن كان الولى قد ادعى قصد العمد واعترف القاتل فذاك، وإن قال: قتله خطأ، وكذبه المدعى فله أن يقسم؛ لأن معه شاهدًا وذلك لوث.

وإن أقسم ثبت موجب القسامة، وإن نكل حلف المدعى عليه ولزمته دية مخففة فى ماله.

وإن قال أحدهما: قتله، وقال الآخر: أقر بقتله، لم يثبت اللوث[١].

وإذا ثبت اللوث فادعى أنه كان غائبًا غيبة يمتنع معها قتله ولم تقم بينة بحضوره وحلف، سقط اللوث، ولم يكن للمدعى أن يحلف.

وإن حلف المدعى مع اللوث، وحكم القاضى بحلفه وقبض البدل، ثم أقام المدعى عليه بينة بغيبته - نقض الحكم، وكذا لو قامت البينة أن القاتل غيره، وكالغيبة الحبس والمرض المانعان.

وقيل: فى المرض والحبس إذا أمكن قتله بالحيلة كان لوثًا، وإذا ظهر لوث فكذبه أحد الورثة بطل اللوث؛ كما إذا كان للمقتول فى محل اللوث وارثان، فادعى أحدهما القتل على زيد الذى وقع اللوث فى حقه، وقال الآخر: لم يقتله أو كان غائبًا، وإنما القاتل عمرو - بطل اللوث على الأصح.

ولو قال أحدهما: قتله زيد ورجل لا أعرفه، وقال الآخر: قتله عمرو ورجل لا أعرفه - فلا تكذيب فيقسم كل على من عينه ويأخذ منه ربع الدية؛ لاعترافه بأن الواجب عليه نصف الدية.

وقوله: ووزعت بتكميل منكسر، وفرض حاضر عجل حائزًا والخنثى ذكرًا، وفى حق غيره وأخذه أنثى ووقف له باق ثم من حضر كحاضر معه.

أى: وتوزع الأيمان بين الورثة الحائزين[٢] كل بنسبة حقه سواء كانوا عصبة أو ذوى فروض ويكمل ما انكسر من اليمين.

فلو كانوا ثلاثة حلف كل سبعة عشر يمينًا، ولا يحلف الأب[٣] فى المُعَادَّة إذا لم يرث.

وإذا لم تكن الورثة حائزين فرض من وجد منهم حائزًا حتى يحلف الخمسين ليصل إلى حقه.

فإذا حضر بعض الورثة وطلب نصيبه وكان واحدًا، حلف خمسين يمينًا، وإن حضر اثنان حلف كل واحد النصف.

فلو حضر واحد وحلف خمسين ثم قدم آخر فرضنا حائزين وحلف خمسة وعشرين، فإن قدم ثالث فكذلك وحلف سبعة عشر، فإن قدم رابع حلف الرابع ثلاثة عشر بتكميل

---

(١) فى أ: إلا للوارث.
(٢) فى ط: الحاضرين.
(٣) فى أ: ولد الأب.

المنكسر وعلى هذا.

ولو مات الغائب لم يأخذ الحاضر حقه حتى يحلف قسطه - وإن كان قد حلف الكل - لأنه لم يحلف إلا لأخذ نصيب نفسه.

ويفرض الخنثى ذكرًا فى حق اليمين، وأنثى فى حق غيره من الورثة.

وفى حق الأخذ بالنسبة إلى نفسه وبالنسبة إلى غيره ذكرًا احتياطًا.

فإذا ترك القتيل خنثى فقط حلف خمسين يمينًا وأخذ نصف الميراث ولم يأخذ الباقى من المدعى عليه، فإن بان أنثى حلف المدعى عليه إنه ما قتله، وسقط عنه الباقى.

ولو ترك خنثيين حلف كل واحد ثلثى الأيمان بتكميل المنكسر أربعة وثلاثين يمينًا؛ لأنا نفرض أن كلًّا ذكر فيما عليه[1] أنثى فى حق أيمان غيره، ويعطى كل واحد الثلث ولا يؤخذ الباقى إلا بعصبة.

فإن كان مع الخنثى ابن نزع المال كله من المدعى عليه وحلف الابن إن لم يصبر إلى ظهور حال الخنثى ثلثى الأيمان؛ لاحتمال أنوثة الخنثى، وأعطى نصف المال؛ لاحتمال ذكورته، وحلف الخنثى النصف وأخذ الثلث لاحتمال أنوثته[2]، ويوقف الباقى عند القاضى.

وأما نصيب الغائب فيبقى عند المدعى عليه حتى يحلف ويأخذ حصته، فإن نكل وحلف المدعى عليه سقط حقه، وإن نكل ردت اليمين على المدعى على الأصح؛ لأن نكوله كان عن[3] القسامة لا عن يمين الرد.

[وقوله فى الحاوى: «وإن قتل قبل أن قال: تعمدت كالولى والمزكى» إلى قوله: «وكذب وارث فى القتل عمدا أو خطأ»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «وإن قتل قبل أن قال: تعمدت كالولى والمزكى وهم شركاء» مقتضاه أنه إذا رجع الولى والشهود جميعا، أنهم شركاء، والأصح أن الولى هنا يختص بالقصاص كما قال الإمام؛ لأنه المباشر، وهم معه كالممسك مع القاتل.

قال النووى - رحمه الله - فى الروضة: وهو الأصح نقلًا ودليلًا.

الثانى: قوله: «لا أخطأت أو شريكى أو ما علمت [أنه] يقتل بقولى، فلا شك أنه يقبل منه قوله: أخطأت، ولا يقبل منه قوله: ما علمت، إلا إذا كان يجهل مثل ذلك.

الثالث: قوله: «وحرية الأصل - وإن سبق فى الصغر - قرينة»، الأصح أنه إذا استرقه فى الصغر ثم بلغ وجحد - أن القول قول مدعى الرق، وجزم به صاحب الحاوى فى باب

---

(١) فى أ: غلبه.
(٢) فى ط: لاحتمالين.
(٣) فى أ: من.

اللقيط.

وقال فى الروضة - واللفظ للرافعى-: ولا فرق فى جريان الوجهين بين أن يدعى فى الصغر ملكه ويستخدمه ثم يبلغ وينكر، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ، ثم يدعى ملكه.

الرابع: قوله: أو صخرًا برجل بسنان، لم يذكر التلطخ بالدم تبعا لصاحب الوجيز. قال الرافعى: ولا يبعد ألا يشترط، لكن أكثرهم تعرض له فحذف فى الروضة قول الرافعى: لا يبعد ألا يشترط، وقيد المسألة بالتلطخ.

الخامس: قوله: «وقول راو وصية». قال ابن النحوى: هذا ما قاله فى الوجيز أنه القياس. ونفاه الإمام. وادعى الإمام أنه حكاه عن بعضهم، يعنى إطلاقه الراوى، وهو يقع على العبد والمرأة؛ لأن روايتهما صحيحة.

قال ابن النحوى: وليس كذلك، بل قال ابن الرفعة: هو احتمال الإمام، والمنقول عن الماوردى وغيره المنع.

السادس: وإن لم يكن أثر جرح وتخنيق، الصحيح أنه لا بد من ظهور أثر.

قال فى الروضة: ولا يشترط فى اللوث ظهور دم ولا جرح لأن القتل قد يحصل بالخنق وعصر الخصية، فإذا ظهر أثره قام مقام الدم. فإن لم يوجد أثر أصلاً فلا قسامة على الصحيح. وبه قطع الصيدلانى والمتولى.

السابع: قوله: لا إن تكاذب الشاهدان بآلة وزمن ووصف، اعلم أن من التكاذب بالوصف أن يقول أحدهما: قتله عمدًا، ويقول الآخر: قتله خطأ. وهذا يثبت به أصل العقل على الأصح.

قال فى الروضة: وهو لوث قطعًا.

الثامن: قوله: «فى القتل عمدًا أو خطأ». قال ابن النحوى فى شرحه: أى: وسأل حلف مستحق بدل الدم إن ظهر لوث فى القتل عمدًا أو خطأ وانكسر ما فسر به صاحب التعليقة والقونوى. ثم قال: إنما ساقه ليتبين اشتراط ظهور اللوث فى نوع من العمد والخطأ خلاف ما قاله الأصحاب.

نعم، نقل الرافعى عن البغوى: أنه لو ادعى على رجل أنه قتل أباه، ولم يقل عمدًا ولا خطأ، وشهد له شاهد لم يكن ذلك لوثًا، لأنه لا يمكن أن يحلف مع شاهده، ولو حلف لم يمكن من الحكم به.

ثم قال الرافعى -معترضًا-: واعلم أن هذا المذكور يدل على القسامة على قتل

موصوف يستدعى ظهور اللوث فى قتلٍ موصوف، وقد يفهم من إطلاق الأصحاب أنه إذا ظهر اللوث فى أصل القتل كفى، ويمكن الولى من القسامة.

قلت: والحق أن لا اعتراض، وأن إطلاق الأصحاب فى الاكتفاء بالموت بظهوره فى أصل القتل، وأن تصريحهم بأن الدعوى فى اللوث لا تسمع إلا بقول موصوف - لا ينافى ذلك الإطلاق.

وذلك أن اللوث قرينة تغلب على الظن ويوقع مع الولى ظنًا غالبًا، إما بتعمد القاتل أو بخطأ به، فيصرح بالدعوى على ما يغلب على ظنه ويقسم عليه، فقد جوزوا الحلف بغلبة الظن، ولا يلزم من اشتراط الوصف للقتل فى الدعوى اشتراطه فى ظهور اللوث][1].

وقوله: وحلف منكر قتل وجرح خمسين بلا توزيع.

أى: لما فرغ من يمين اللوث التى يحلفها المدعى وتوزع على الورثة، ذكر باقى أيمان الجراح التى تلزم المدعى عليه.

وهى أيضًا خمسون يمينًا على الأصح، سواء كان ذلك قتلاً أو قطعًا أو جرحًا وإن أوجب حكومة، ولا توزيع[2] فيما يحلفه المدعى عليهم الجراح أو القتل، ولا توزيع على قدر الدية أيضًا، فلا يحلف فى قطع يد خمسة وعشرين على الصحيح بل خمسين يمينًا.

نعم إذا ردت على المدعين وزعت عليهم.

والفرق أن كل واحد من المدعى عليهم ينفى عن نفسه القتل كما ينفيه الواحد إذا انفرد، ولا يثبت كل من المدعيين لنفسه ما يثبته الواحد إذا انفرد.

وقوله: ويمهل ثلاثًا لدافع خصم سأل واليمين على المدعى عليه، ولا حلف فى حد لله تعالى ولا على قاض وإن عزل وشاهد ووصى وقيم ومنكر أرش وهو سفيه ووكالة وعتق وقد باع.

أى: وإذا قامت الحجة على المدعى عليه واستمهل ليأتى بحجة دافعة، أمهل ثلاثة أيام إذا كان [فقيهًا][3] يعرف الحجة الدافعة، وإلا استفصل فلعل ما معه غير دافع.

فإن مضت الثلاثة ولم يأت بدافع واستمهل ليأتى بدافع آخر، لم يمهل، وإن ادعاه قبل الانقضاء وأقام عليه بينة سمعت، وإن لم يكن للمدعى حجة حلف المدعى عليه فى كل [جهة حق][4] إلا فى حد لله تعالى.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: يوزع.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

فلو تعلق بما يوجب الحد حق آدمى حلف، كما إذا قذف رجل رجلاً فسأل القاذف تحليفه إنه ما زنى ليدفع الحد عن نفسه فله ذلك.

وكذا لا يحلف القاضى إذا ادعى رجل أنه ظلمه فى الحكم؛ لأن منصبه يأبى ذلك، وكذا إذا ادعى بعد عزله أنه ظلمه حال ولايته، فإن أقام عليه بينة أنه حكم عليه [ببينة][١] بكذا فى حال ولايته سمعت.

وكذا لو قال المشهود له[٢]: غلط الشاهد أو تعمد الكذب وهو فاسق وسأل تحليفه، لم يحلف كالقاضى.

ولا يحلف الوصى ولا القيم إذا ادعى رجل أن الميت أوصى له بشىء، وله وصى فى تنفيذ وصاياه، أو نصب القاضى قيمًا لذلك وقال: إن الوصى أو القيم عالم بذلك، لم يكن له تحليفه على نفى العلم؛ لأنه لو أقر لم يلزم الوارث إقراره، وكذلك إذا طالب وكيل رجل رجلاً بما له عليه، فأنكر الوكالة لم يكن له تحليفه؛ لأنه وإن اعترف بالوكالة لم يلزمه تسليمه إليه على الأصح؛ لأنه لا يأمن جحود الموكل للتوكيل.

وكذا إذا ادعى على سفيه جناية توجب الأرش وأنكر لم يحلف؛ لأنه لو أقر لم يلزمه المال.

وكذلك إذا ادعى العبد أن بائعه أعتقه قبل البيع ولم يجد بينة، لم يكن له تحليف بائعه؛ لأنه لو أقر لم ينفعه ذلك.

وقوله: لنفى مدعى وأجزائه وإن تجزأ كإنكاره بتًّا فى فعله وجناية عبده وبهيمته، ولكون أحلتك بمائة وكالة، ورجعا قبل قبض وتراجعا بعده لا قبل جحد فى وكلتنى.

أى: وحلف المدعى عليه لنفى المدعى إلا من استثناه، فإذا أنكر المدعى عليه المال فلينكره وسائر أجزائه.

فإذا ادعى عليه عشرة فقال: لا تلزمنى العشرة، لم يكفه حتى يقول: ولا شىء منها، ويحلف كذلك فى يمينه.

وإن قال: لا يستحق على شيئًا، حلف كذلك، وقد تضمن هذا نفى الشىء وأجزائه، والشرط أن تكون اليمين مطابقة للجواب.

فلو اقتصر على قوله: لا تلزمنى العشرة، ونكل عن قوله: ولا شىء منها، عُدَّ ناكلاً

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: المشهود عليه.

فيما دون العشرة، فيحلف المدعى على استحقاق ما دون العشرة.

ولا يلزم نفى الأجزاء إلا حيث كان للمدَّعَى أجزاء، أما إذا ادعت عليه نكاحًا بخمسين أو بيع ثوب بخمسين لم يحتج أن يقول: ما نكحتها بخمسين ولا شىء منها؛ لأن من ادعى النكاح أو البيع بخمسين لا يدعيه بدونها، ولتكن اليمين فى فعل نفسه على البت.

وكذا فى جناية عبده إذا أوجبت المال وفيما أتلفته بهيمته، وكذا إذا قال لغريمه: أحلتك على فلان بمائة، ثم قال: ما أردت إلا التوكيل، وقال الغريم: بل الحوالة - فالقول قول المحيل؛ لأنه أعرف بنيته ويحلف على البت.

فإذا حلف قبل القبض فلا يطالب الغريم المحال عليه؛ لبطلان الحوالة بيمين المحيل والوكالة بجحد الغريم، وللغريم المطالبة بماله على الأصح.

ولا يقال: إنه باعترافه بالحوالة مقر باستيفاء حقه؛ لأنه إن كان وكيلاً فحقه عليه، وإن كان محتالًا فقد ظلمه منعه إياه، وللمحيل الرجوع على المحال عليه؛ لأنه لم يعترف بما يبطل حقه.

وإن حلف بعد القبض تراجعا فيسلم الغريم ما قبض إلى المحيل ويوفيه المحيل حقه، وإن تغلب عليه فله أن يتملكه؛ لأنه ظفر بمثل حقه.

وإن كان المنكر للحوالة هو الغريم وادعى الوكالة، حلف الغريم إنه لم يقبل إلا الوكالة.

فإن كان قبل القبض لم يقبض؛ لأنه عزله بإنكار الوكالة، وللمحيل أن يرجع على المحال عليه، وإن كان قد اعترف بالحوالة؛ لأنه يقول: الغريم ظلمنى وأخذ منى مالًا بغير حق، وهذا ماله ظفرت به.

وإن كان بعد القبض نظرت: إن قبض قبل الجحد ملكه على الأصح؛ لاعتراف خصمه بأنه حقه فكأنه أوفاه إياه، وإن قبضه بعد الجحد وجب رده. فإن تغلب عليه تملكه.

وقوله: ولكون أحلتك، وكالة تشمل ما إذا ادعى المحيل الوكالة وما إذا ادعاها الغريم، وهذا بخلاف قوله: أحلتك بمائة؛ فإنه لا يمكن حمله إلا على الحوالة، وترك هنا من الحاوى مسائل سبق ذكرها فى الرهن والوكالة وأكثرها تكرر فى الحاوى.

[وقوله فى الحاوى: «وإن لم تكن حجة» إلى قوله: «قبل الرهن وجناية المرهون» فيه أمور:

أحدها: قوله «حلف من توجهت عليه لا فى حد الله تعالى» اعترض عليه من اعترض وقال: هى فى حدود الله تعالى لا يتوجه عليه فكيف يستثنيها، انتهى.

قلت: وهذا على سبيل المجاز بأن اليمين تتوجه على المدعى عليه فسماه بما يغلب عليه.

الثاني: قوله: «والقاضى . . . إلى آخره» يلحق بالمذكور من باع عبدًا وادعى العبد أنه أعتقه قبل البيع، وأنكر البائع، وكذلك السفيه إذا ادعى عليه إتلاف مال، وأنكر - لم يكن له أن يحلف؛ لأن كلًا منهما لو أقر لم يثبت بإقراره شيء.

الثالث: قوله: «إنه يحلف بنفى المدعى وأجزائه».

قال بعض شراحه: قد يوهم بذلك موافقة القاضى حسين فى أنه لا يحلف فى إنكاره نفى الأجزاء، والصحيح: التكليف، والظاهر أن قوله: «كما أجاب» يتضمن كون الجواب، وهو الإنكار مساويًا لليمين.

الرابع: أنه أطلق نفى اشتراط الأجزاء، وليس ذلك فى كل يمين، بل فى غير المقصود؛ كما سبق بيانه.

الخامس: قوله: «والحوالة وإن جرى لفظها» قال فى «الروضة» - واللفظ للرافعى-: قال الأئمة: موضع الوجهين أن يكون اللفظ الجارى بينكما: أحلتك بمائة على عمرو، فأما إذا قلت بالمائة التى لك على عمرو، فهذه لا تحتمل إلا على حقيقة الحوالة، فالقول قول زيد قطعا.

وكلام الحاوى يشمل الجميع.

السادس: قوله: «ورجوع الراهن والمرتهن عن الإذن» أطلق أن منكر الرجوع منهما يحلف، وقد سبق فى الحاوى فيما يحلف منه مدعى الرجوع عن الإذن قبل البيع، وفسره شراحه: بأنه رجوع المرتهن، وناقض هناك، وقال: يحلف المدعى عليه، قال القونوى: اللهم إلا أن يحمل كلامه هناك على ما إذا اتفق الراهن والمرتهن على وقت البيع كيوم الخميس مثلاً، وادعى المرتهن الرجوع يوم الأربعاء وأنكره الراهن - فإن القول قول منكر الرجوع، ويحمل كلامه هنا على ما إذا لم يتفقا على وقت البيع، بل اختلفا فى كون الرجوع قبل البيع من غير تعرض لوقتهما، ذلك تشبيه ما سبق فى العدة من اختلاف الزوجين فى تقدم الرجعة على انقضاء العدة من غير تعرض لوقتهما، وقياس ما مر هناك أن يكون القول هنا قول السابق؛ كما هو المذهب هناك، وهو الذى نقله الرافعى فى الرهن عن صاحب

«التهذيب» بعد، فقل الخلاف فى المسألة.

السابع: أنه عطف رجوع الراهن والمرتهن عن الإذن والاعتقال والإيلاء والغصب قبل الرهن، وجناية المرهون، على قوله: «كأرش جناية العبد الذى يحلف فيه على البت»، فأوهم أن ذلك مما يحلف به على نفى العلم؛ لأنه حلف على نفى الغير، ومما زاد الإشكال أنه عطف «ألحق به ما يحلف به» على «نفى العلم»][1].

وقوله: ولنفى علم فى نفى فعل غير كرضاع، وله حلف بظن كخط وقرينة كنكول.

أى: فإن لم تكن حجة حلف لنفى المدعى بتًّا إذا كان لنفى فعله، وإن كان فعل غيره حلف على إثباته كذلك.

وأما على نفيه فيحلف على نفى العلم، كما إذا ادعى أحد الزوجين على الآخر أن بينهما رضاعًا يبطل النكاح، فإن المنكر منهما يحلف على نفى العلم.

وكذا إذا أنكر الوارث موت المورث حلف على نفى العلم، وكذا إذا ادعى على الوكيل وقد حبس المبيع للثمن أن موكلك أذن فى تسليم المبيع وأنت عالم بذلك - فأقوى الوجهين فى الروضة: أنه يحلف على نفى العلم.

ويجوز لمن وجد خط أبيه وكذا خطه على الأصح بشىء وغلب على ظنه صحته أن يحلف.

وكذلك إذا نكل خصمه فإنه قد يستدل بنكوله، فإن كان ممن يتورع عن الحلف لم يحصل بنكوله غلبة ظن.

وقد اختلف كلامه فى الروضة فيمن وجد خط نفسه، فنقل صاحب الشامل أنه لا يحلف، ولم يذكر غيره ذكره فى أثناء الطرف الثانى من الباب الثانى فى القضاء.

قال فى المهمات: وهذا الذى نقله فى الشامل وأقره عليه ليس هو الصحيح فاعلمه. فقد جزم - يعنى الرافعى - بعد ذلك فى كتاب الدعاوى فى الركن الثالث منه، فقال قبيل الطرف الثالث: ما يحلف فيه على البت لا يشترط فيه اليقين، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد ينشأ من خطه أو خط أبيه أو نكول خصمه، وتبعه عليه فى الروضة.

وقوله: وهو بنية قاضٍ واعتقاده ما لم يسمع استثناء، وغلظ لا فى مال دون نصاب فيغلظ فى عتق خسيس عليه دون سيده.

أى: والحلف بنية القاضى، فإذا ورى بشىء أو استثنى بإن شاء الله تعالى، لم يصح الاستثناء.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

نعم إن سمعه القاضى لم تنعقد يمينه وأعادها عليه وعزره وإن سمع القاضى مكان الاستثناء كلامًا لم يفهمه أعادها.

فإن قال: كنت أذكر الله تعالى، قال: ليس هذا وقته، وكذلك الحلف أيضًا على اعتقاد القاضى، فإذا حلف القاضى الحنفى شافعيًا على نفى الشفعة فى الجوار، لم يجز له أن يحلف على اعتقاد نفسه.

ويحنث إن فعل ذلك نظرًا إلى اعتقاد القاضى، وأما غير القاضى وغير من يقوم مقامه إذا حلف فإن اليمين تكون على نية الحالف. وكذلك إذا حلفه القاضى بالطلاق والعتاق؛ لأنه ليس له أن يحلفه بذلك.

ويستحب للقاضى أن يغلظ اليمين على المدعى أو المدعى عليه وإن لم يطلب الخصم، وقد اكتفى فى الأصل عن وصف التغليظ بالاستحباب بما سبق فى اللعان، والتغليظ فى اليمين بتكرير الأسماء والصفات ك: والله العظيم الغالب الطالب المدرك المهلك الذى يعلم السر وأخفى، أو: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية.

ويستحب أن يقرأ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا . . .﴾ الآية [آل عمران: ٧٧]. وأن يحضر المصحف ويوضع فى حجر الحالف، قيل: ويحلف قائمًا زيادة فى التغليظ، ويغلظ بالزمان والمكان أيضًا كما فى اللعان، وهذا التغليظ فى كل يمين ليست فى مال حتى الولادة وعيوب النساء.

وأما المال: فإن كان دون نصاب الزكاة فلا يغلظ فيه، وإن كان قدر النصاب غلظ فيه، عرضًا كان أو نقدًا.

فلو كان له عبد خسيس لا يساوى نصابًا وادعى عتق نفسه، فإن حلف العبد غلظ عليه؛ لأن الذى يحلف عليه - غير مال.

وإن حلف السيد لم يغلظ عليه؛ لأنه يحلف على مال دون نصاب.

وقوله: فإن حلف خلى إلا ببينة ولو بعد قوله: لا بينة لى، وإن نكل أو ردها أو سكت وقضى بنكوله أو قال القاضى للمدعى: احلف، حلف وولى فيما أنشأ فقط، ولم يقله كرها، ويمهل لعذر لا خصمه ثلاثًا كبادئها مع شاهد، فإن أخر فبينة لا حلف كناكل، وندب تعريفه حكم النكول وعرضها ثلاثًا، وكمقر ناكل حلف خصمه.

أى: وإذا عجز المدعى عن الحجة وحلف المدعى عليه خلى، ولا يطالب إلا إذا أقام المدعى البينة؛ لأن يمينه لا تقطع إلا خصومة تستدعى إعادة اليمين بل له أن يقيم البينة،

وإن كان قد قال وقت التحليف: لا بينة لى حاضرة ولا غائبة؛ لأن الإشهاد[1] له لا تتوقف على علمه، وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين بأن قال: نكلت أو ما أنا بحالف ونحوه، ثم سأل العود إلى الحلف لم يُقِلْه المدعى إلا إن رضى. وقيل: لا يمكن من الحلف وإن رضى به المدعِى.

ورده اليمين على المدعى نكول، إلا إن سكت بعد أمره باليمين، فإن كان لدهش أو غباوة عرفه الحاكم حكم النكول، فإن لم يحلف قضى بنكوله.

وكذا إذا التفت القاضى إلى المدعى وقال له: احلف، ففى كل ذلك لا يجاب إذا طلب أن يحلف، فيحلف المدعى يمين الرد.

ولو قضى على ساكت وبه غباوة أو دهش ولم يعلمه حكم النكول، ثم قال: كنت جاهلًا - نفذ الحكم على الأصح؛ لأن حقه أن يثبت ويسأل فهو مقصر؛ ولهذا ندب تعريفه. ولو أبدل الاسم بأن قال: قل والله، فقال: والرحمن، فهو نكول، وفى إبدال الصلة بأن قال: قل والله، فقال: بالله - تردد.

ولو قال له القاضى: أتحلف بالله؟ فقال: لا، لم يكن نكولًا؛ لأنه استخبار لا استحلاف؛ إذ لو بادر وحلف لم يعتد بيمينه، فإن توجهت يمين الرد إلى ولى الطفل فهل يحلف؟ فيه ثلاثة أوجه يفرق فى الثالث بين ما يتعلق بتصرفه وإنشائه فيحلف فيه وبين غيره فلا يحلف؛ كمال الطفل إذا أتلف بل يوقف إلى بلوغ الصبى وإفاقة المجنون.

وهذا الوجه المفصل صححه الرافعى والنووى فى كتاب الصداق فيما إذا اختلف الزوج وولى الصغيرة، ثم فرع عليه وقال: هذا فيما يتعلق بإنشاء الولى. أما ما لا يتعلق به بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل فهل يحلف اليمين المردودة؟ وجهان: أصحهما لا، وذكر فيها هنا ثلاثة أوجه، لكن قال الرافعى: وميل الأكثرين إلى المنع مطلقًا، ولا بأس بوجه التفصيل.

وقد رجحه العبادى، وبه أجاب السرخسى، والخلاف جار فى حلف الولى مع الشاهد.

وإذا ردت اليمين على المدعى واعتذر عنها بعذر؛ لينظر فى حساب أو ليسأل الفقهاء، أمهل ثلاثة أيام، فلو سأل مهلة بلا عذر، قال الرافعى: يشبه أن يقال: هو كما لو امتنع من اليمين، وجزم فى التعليقة أنه لا يمهل والحالة هذه، ولا يزاد على ثلاثة أيام على الأصح،

---

(١) فى ط: الشهادة له.

وقيل: يمهل أبدًا.

وأما المدعى عليه فلا يمهل إذا امتنع من اليمين على الأصح؛ لأنه مقهور مجبور على الإقرار أو اليمين، بخلاف المدعى فإن المطلوب منه السلامة.

وقيل[١]: يمهل المدعى عليه فى الجواب عن الدعوى لينظر فى حسابه إلى آخر المجلس، فإن أخر المدعى يمين الرد عن الثلاثة عُدَّ ناكلًا، ولم يحلف بعد ذلك على الأصح، ولا ينفعه إلا البينة.

ولو أقام المدعى شاهدًا ليحلف معه ثم لم يحلف، فهو ناكل، كما لو ردت اليمين عليه فلم يحلف فى إمهال ثلاثة أيام ونحوه.

ثم هذا إذا أقام شاهدًا أو قال: أنا أحلف مع شاهدى، فقيل له: احلف، ثم نكل، ثم أراد أن يحلف - لم يحلف.

أما إذا أقام شاهدًا على أنه يأتى بشاهد آخر فلا يكلف اليمين.

ويستحب للقاضى أن يعرِّف الجاهل حكم النكول، وأن يعرض اليمين على الناكل ثلاث مرات.

وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين وردها على المدعى فحلف، كان المدعى عليه كالمقر بالمال، وفى قول هو كالبينة.

والأصح الأول، ويتفرع على الخلاف مسائل.

[وقوله فى الحاوى: «ويمهل بطلبه ثلاثة لا خصمه، فإن أخر أو تساهل لم يحلف» فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق أنه يمهل بطلبه، وليس على إطلاقه بل ذلك إذا طلبه لعذر كنظر فى حساب وغيره.

الثانى: قوله: أو بشاهد أطلق أن اليمين من الشاهد كاليمين المردودة لا يمهل فيها إلا ثلاثة أيام، ثم إن لم يحلف وأخر لم يمكن من العود إليها، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا قال: أنا أحلف مع شاهدى وعرضت عليه فاعتذر، أما إذا أقام بشاهد الثانى معه بآخر، فإنه لا يكلف ذلك][٢].

وقوله: وبنكول فى دعوى مسقط أخذت جزية لا زكاة، وحبس فى دين بلا وارث ليحلف أو يقر، ومنع ولد مرتزق قال بلغت ونكل.

---

(١) فى أ: وقد.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: وإذا ادعى الذمى الإسلام أو الجنون قبل استكمال السنة وحلفناه ونكل عن اليمين، أخذت منه الجزية على الأصح.

وإذا ادعى رب المال وقد طلبه ساعى الزكاة عند الحلول[1] أنه دفعها إلى ساع آخر، أو أنه باذل فى أثناء الحول، فالأصح أن تحليفه مستحب، وأنه إذا نكل لا تؤخذ منه الزكاة.

وإذا مات من لا وارث له فورثته المسلمون، فإذا وجد فى تذكرته[2] دين على رجل فالقول قول الرجل، فإن نكل عن اليمين فالرد على المسلمين متعذر؛ فيحبس حتي يحلف أو يقر.

وفى وجه يقضى عليه بالنكول، والخلاف جارٍ فيمن ادعى على الوصى أنه أوصى بثلثه للفقراء فأنكر الوارث.

وكذلك إذا ادعى ولد المرتزق أنه بلغ باحتلام، ليثبت اسمه فى الديوان مكان أبيه ونكل عن اليمين؛ لم يثبت اسمه حتى يتحقق بلوغه.

قال الرافعى: ويقرب منه مراهق شهد الواقعة وادعى الاحتلام: إن حلف أسهم له وإلا فلا.

تعارض البينتين

وقوله: وفى تعارض بينتين رجح بنقل معين كقتل على موت ثم بيده ويد مقره وإن زالت ببينة خارج وإنما تسمع بعد بينة الخارج وإن لم تزك، ثم شاهدان على واحد ويمين، ثم بسبق تاريخ وبنتاج، ثم بإضافة ثم سقطتا كمطلقة ومؤرخة وغرم الثمنين فى بعتنا واستوفيت بلا اختلاف تاريخ أو بلا اتفاقه فى بعناك.

أى: وإذا تعارضت البينتان ومع أحدهما مرجح قدم به، فإذا أقام رجل بينة بملك عين فى يد ثالث وأقام آخر بينة أنه اشتراها ممن أقام البينة قدمت بينته؛ لأنها ناقلة منه سواء كانت شاهدًا ويمينًا أو شاهدين.

ولو ادعى رجل شراء عين من رجل هى فى يده وأقام شاهدًا ويمينًا، حكم له بها، ولم تسمع بينة صاحب اليد؛ لأنه بدعوى الشراء منه معترف بمقتضاها.

ويشترط فى النقل تعيين سببه من شراء وهبة، فلو قال: ملكى انتقلت إلى منك بسبب صحيح لم تسمع على الأصح؛ لاختلاف العلماء فى سبب الملك.

وكذلك إذا أقام الوارث بينة بقتل مورثه وأقام الخصم بينة بموته على فراشه، إذا أقام

---

(١) فى أ: الحول.

(٢) فى أ: تركته.

المسلم بينة أن أباه النصرانى مات مسلمًا، وأقام ولده الآخر بينة أنه مات على نصرانيته - قدمت بينة القتل والإسلام؛ لأنهما ناقلتان والأخريان مستصحبتان.

ولو كان الأب مجهول الدين تساقطتا، فإن لم يكن نقل وهناك يد فصاحب اليد أولى حتى لو أقام الخارج شاهدين والداخل شاهدًا وحلف، قدمت بينته ولو كانت بينة الخارج أسبق تاريخًا.

ويشترط لسماع بينة الداخل أن تكون بعد قيام بينة الخارج؛ لأنه قبل ذلك تكفيه اليمين وله أن يقيمها قبل تزكية بينة الخارج.

فلو زكى الخارج بينته وقال الداخل: لى بينة حاضرة؛ أمهل ثلاثًا، فإن قال: بينتى غائبة؛ قضى للخارج.

ومتى حضرت بينة الداخل وأقامها مستندة للملك إلى ما قبل انتزاعها، سمعت وانتزعت له العين من الخارج.

وتقدم بينة من أقر له صاحب اليد، فإذا ادعيا عينًا فى يد ثالث فأقر بها لأحدهما ولو بعد قيام بينة واحد، قدمت بينة من أقر له صاحب اليد صارت له.

وإن أقر الثالث بعد قيام البينتين، فهو إقرار بعد تساقطهما، فيأخذه بإقراره، وإن أنكرهما ولا بينة حلف لكل يمينًا.

فإذا لم يكن نقل ولا يد وكان إحدى البينتين شاهدين والأخرى شاهدًا ويمينًا، قدم الشاهدان، والرجل والمرأتان كالرجلين، وكذلك الثلاثة فما فوقهم كالشاهدين.

فإن كان لكل شاهدان وأحدهما أسبق تاريخًا، كما إذا شهدت لأحدهما بالملك من سنة والآخر من سنتين، قدم الأسبق. وكذا لو أرخت بينة أحدهما بسنة والأخرى بأكثر من سنة وإن لم يقدر الأكثر.

أما إذا أرخت واحدة وأطلقت الأخرى فلا ترجيح وكانتا كالمطلقتين، وإن شهدت له بالملك والنتاج فى ملكه وأطلقت الأخرى وأرخت، قدمت بينة النتاج؛ لأن المؤرخة وحدها كالمطلقة.

وهذه تثبت ملكه وأطلقت له أول ملك وقع عليها، فإن قالت بينة أحدهما: نتجت فى ملكه من سنة، وقالت بينة الآخر: فى ملكه من سنتين، فإن لم يمكن ذلك صدقه لكون الدابة لا تحتمل ذلك لم تسمع، وإن أمكن ذلك وجب أن يتساقطا؛ لأنهما متكاذبتان فى وقت النتاج ولا مرجح.

ودعواه أنها من ثمرة نخله كدعوى النتاج، ولو شهدت إحداهما بملك مطلق وأضافت

الأخرى إلى شراء من زيد وهو يملكها ونحوه كورثتها من أبى، فمقتضى كلامهم الترجيح بذلك.

فإن لم يكن شىء من جميع ذلك تساقطتا على الأصح، وكان كأنه لا بينة فيرجع إلى اليمين.

واعلم أنه قد يغرم الثمنين حالة التعارض فى مسألتين:

إحداهما: دار فى يد رجل ادعاها اثنان كل يقول: بعتنيها بكذا، وأقام كل منهما بينة أنه اشتراها منه وسلم الثمن إليه.

فإن أرخا بتاريخين واختلفا لم يغرم الثمنين معًا؛ لأن الملك يحكم به لمن سبق تاريخه فلا يغرم إلا للثانى فقط.

فإن اتفق التاريخان، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة - تعارضتا وسقطتا على الأصح، وحلفا لكل منهما، ولزمه الثمنان اللذان قبضهما والدار داره.

الثانية: أن يقول كل منهما: بعتك هذه الدار بكذا، وأنكر فأقام كل منهما بينة أنه باعه الدار بكذا، نظرت:

فإن أطلقتا أو أرختا بتاريخ مختلف، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى - لزمه الثمنان.

والشرط: أن يكون بين التاريخين زمن يمكن انتقال الملك منه وإن اشتراه ثانيًا.

وإن أرختا بتاريخ واحد كوقت الزوال، فهما كاذبتان[1] قطعًا فلا يغرم شيئًا.

[وقوله فى الحاوى: «وأخذت الزكاة» إلى قوله: «وفى البيع منه» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وأخذت الزكاة» يعنى أن رب المال إذا ادعى مسقطا للزكاة؛ كالمبادلة فى أثناء الحول - حلفه الساعى، فإن نكل أخذت منه الزكاة، والأصح: أن تحليفه مستحب، وأنه إذا نكل لا يؤخذ منه؛ كما هو فى «العزيز» و«الروضة».

الثانى: فى تعارض البينتين ذكر تقديم الناقلة والمضيفة واليد بغير ترتيب، والناقلة من اليد: مقدمة على اليد، واليد: مقدمة على غيرها.

الثالث: قوله: «ثم شاهدان» مقتضى كلامه أنه لا تقدم بين الشاهدين على شاهد ويمين إلا بعد ما تقدم فى الناقلة والمطبقة واليد، وأنه لا ترجيح بالشاهدين إلا فيما عداها، وليس كذلك، بل الشاهدان مقدمان على الشاهد واليمين، إلا إذا كان هناك يد أو نقل منها فإنه لا ترجيح معها للشاهدين على الشاهد واليمين.

الرابع: أنه أطلق الترجيح بالناقلة، وهى لا ترجيح بها فى النقل إلا بعد تبيين السبب من

---

(١) فى أ: فكل منهما مكذبة الأخرى.

شراء ونحوه؛ كما سبق.

الخامس: قوله: «وفى البيع منه» وذلك مخصوص بما إذا لم يكن هناك تاريخ متفق، فإن كان هناك تاريخ متفق تساقطتا، ولم يجب شيء؛ كما سبق بيانه][1].

وقوله: وفى معتقى مريض كل ثلث ماله ولا تاريخ عتق نصف كل، ورد من شهد برجوع مبهم، وورثة برجوع بلا بدل مساوٍ، فإن شهد كلهم وهم فسقة برجوع عن سالم لغانم، وكلّ ثلث عتق سالم، ومن غانم قدر ثلث الباقى.

[أى: إذا قامت بينة أن المريض أوصى بعتق سالم، وقامت أخرى بعتق غانم، وكل واحد منهما ثلث ماله، فإن أرختا قدم السابق؛ لأن بينته مرجحة.

وإن اتفق التاريخ، فهو كما لو شهدوا بعتقهما معًا، فيقرع بينهما.

وإن أطلقتا - وهى مسألة الكتاب - فعن صاحب التهذيب أنه يقرع بغرض المعينة.

والذى اختاره الغزالى وغيره واختاره صاحب الحاوى، أن الظاهر الترتيب، وأن الشهادتين فى مجلسين فيجعل كما لو علم سبق أحدهما وجهل الآخر فى ذلك أنه يعتق من كل واحد نصفه.

وإذا شهد اثنان برجوعه عن الوصية بعتق أحدهما، لا لعينه؛ لم يغير الحكم، فيعتق من كل واحد نصفه.

قال الأكثرون: لأن شهادتهما بطلت للجهالة، وقال القفال: شهادتهما مسموعة؛ لأن الوصية تحتمل الإبهام فيمكن قسم الرجوع بينهما نصفين. ولكن لم يظهر ذلك لعجز الثلث عن عتقهما، وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا أوصى بعتق نصف من كل منهما، وشهدت بينة برجوعه فى واحد لا بعينه، فعلى قول الأكثرين، تبطل شهادتهما، ويعتق من كل نصفه.

وعلى قول القفال، لا تبطل وينقسم الرجوع بينهما ، ويعتق من كل واحد ربعه، وكذلك ترد الشهادة من الورثة برجوع الميت عن الوصية بعتق أو غيره، إلا إذا كان هناك بدل مساو لانتفاء التهمة][2].

فإن كانت الوصية بعتق سالم فشهدت الورثة بالرجوع عنه بلا بدل، لم تسمع، وإن شهدت بأنه رجع عن عتقه إلى عتق غانم وكل منهما ثلث ماله، قبلت شهادتهم؛ لأنه لا تهمة.

واحترز بالوارث عن الأجانب، وهذا إذا كانوا عدولًا، فإن كان الورثة فساقًا عتق سالم

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

بالوصية؛ لأنه لم تقبل شهادتهم وعتق من غانم قدر ثلث الباقى بعد سالم مؤاخذة لهم بإقرارهم.

فإن بقى من الورثة من لا يعترف فى هذه الصورة بقى له قسطه، فلو كان سالم سدس المال وغانم ثلثه، وقد شهد الورثة الفسقة برجوعه عنه إلى غانم - تم عتق سالم كله ومن غانم خمسة أسداسه.

[أى: (إذا عتق المريض فى مرضه عبدين) كل واحد منهما ثلث ماله، فقد سبق فى الوصية أنه يعتق السابق إن ترتبا.

وإن أعتقهما معًا أقرع، وسكت عما إذا جهل السبق وذكره هنا. والحكم أنه يسقط ولا يقرع بل يعتق فى مسألتنا هذه من كل نصفه.

ولو أوصى بعتق سالم وغانم، ثم قامت بينة بالرجوع عن أحدهما لا بعينه - ردت شهادتهما؛ لأن إبهام الشهادة بالرجوع يمنع قبولها.

وقال القفال: تقبل، ولكن لا تظهر الفائدة إلا إذا أوصى بعتق نصف كل منهما وقامت بينة برجوعه عن واحد لا بعينه، فعلى قول الأكثرين ترد شهادتهما ويعتق من كل واحد نصفه.

وعلى قول القفال تقبل ويقسم الرجوع ويعتق من كل واحد منهما ربعه؛ ولذلك ترد شهادة الورثة بالرجوع، إلا إذا كان هناك بدل مساو؛ لانتفاء التهمة][(١)].

[وقوله فى الحاوى: «ويعتق عبدين كل ثلث» إلى قوله: «وارتاب فاسقان برجوعه . . .» إلى آخره - فيه أمور:

أحدها: قوله: «ويعتق عبدين» أطلق أنه يعتق من كل نصفه، وليس على إطلاقه بل ذلك إن لم يكن تاريخ؛ لأنه إن سبق أحدهما عتق. وإن اتفق التاريخان أقرع ولم يعتق من كل نصفه.

الثانى: قوله: «ووارثان فاسقان» قضى بأنه يعتق بشهادتهما قدر ثلث الباقى، وذلك مخصوص بما إذا كانا جائرين وإلا فالمؤاخذة لهما بحصة نصيبهما، والله أعلم][(٢)].

وقوله: ولو شهد اثنان بغصبه بكرةً واثنان به عشية؛ لغتا أو واحد وواحد حلف مع أحدهما، أو أن قيمة ما أتلف ربع والآخران ثمن؛ ثبت الأقل وتعارضتا فى الباقى، أو واحد وواحد ثبت الأقل وحلف مع الآخر للباقى، وفى وزن ما أتلف؛ ثبت الأكثر إن

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

كملتا.

أى: إذا شهد اثنان أنه غصبه ثوبًا أو سرقه منه بكرةً، وشهد اثنان أنه غصبه إياه أو سرقه منه عشية - تعارضت البينتان وسقطتا. ويتصور ذلك بصور:

منها: أن يدعى أحد الورثة على رجل أنه سرق أو غصب عبد التركة بكرة وأقام به بينة، ثم ادعى الوارث الآخر أن ذلك كان عشية وأقام به بينة تعارضتا.

ويتصور فيهما إذا ادعى غصبًا مطلقًا وشهد له أربعة، استفصلوه، وإلا فدعواه الثانية حصل بها التكذيب لبينتيه جميعًا، فلا يؤاخذ إلا بإقراره.

أما لو شهد شاهد واحد بأنه غصبه بكرة وشهد واحد بأنه غصبه عشية، فإن للمدعى أن يحلف مع أحدهما ويطالب بالغرم؛ لأن الشاهد الواحد ليس بحجة.

ولو أتلف شيئًا فشهد شاهدان أن قيمته ربع دينار وشهد آخران أن قيمته ثمن دينار، ثبت الأقل لاتفاقهما عليه، وتعارضت البينتان فى الزائد.

وإن شهد واحد أن قيمته ربع وشهد واحد أن قيمته ثمن، ثبت الأقل أيضًا؛ لكمال البينة فيه.

وللمدعى أن يحلف مع الشاهد بالربع ويأخذ الثمن الآخر.

ولو شهدتا بوزن التالف بأن شهد اثنان أن وزنه رطل وشهد آخران أن وزنه رطلان ثبت الأكثر؛ لأن مع بينته زيادة علم.

وفى مسألة التقويم قد يكون مع المقوم بالأقل زيادة علم بغيب لم يطلع عليه الآخران والله أعلم.

* * *

باب القسمة[(١)]

وقوله: باب: كفى قاسم لا مقوم بأجر من بيت المال، ثم من كل ولو طفلاً إن طولب أو اغتبط بقدر أخذه أو ما سماه ولا ينفرد بعقد.

أى: اعلم أن الحاجة إلى القسمة داعية؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النساء: ٨]، وقد قسم رسول الله ﷺ[(٢)].

ويكفى قاسم واحد كالحاكم، إلا إذا كان فى القسمة تقويم، فإنه لا بد من اثنين، فإن ندبه الحاكم لسماع شهادة مقومين جاز وعمل بقولهما، ويشترط فى قاسم يندبه الحاكم الحرية والعدالة والتكليف والعلم بالمساحة والحساب.

وهذه الشروط فى نائب القاضى الخاص، ولا تشترط العدالة والحرية فى منصوب الشركاء؛ لأنه وكيل لهم.

فإن حكموا رجلاً وجوزناه فكمنصوب الحاكم، وينبغى أن ينصب الإمام قاسمًا ويجعل أجرته فى بيت المال. فإن لم يكن، فالأجرة على الشركاء، إن سمى كل واحد منهم شيئًا لزمه المسمى بأن استأجروه معًا، أو على لسان وكيل لهم وسمى كل شيئًا.

ولا ينفرد أحد بعقد، فإن عقدوا عقودًا متراتبة، فقد جوزه القاضى حسين، وأنكره الإمام وقال: هذا تصرف فى حق الغير بغير إذنه ولا سبيل إليه.

فإن فسدت الإجارة، أو عقدوا ولم يعينوا الأجرة، أو نصب القاضى لهم قاسمًا، فالواجب أجرة المثل. وهل هى على الرءوس، أو بقدر الحصص، أو بقدر المأخوذ؟ ثلاثة أوجه، **الأصح**: أنه على قدر المأخوذ.

---

(١) أما القسمة فى اللغة: فهى النصيب، وجعل الشىء أو الأشياء أجزاءً أو أبعاضًا متمايزة.
قال صاحب المصباح: قسمته قسمًا، من باب «ضرب»: فرزته أجزاء؛ فانقسم، والموضع: مَقْسَم، مثل: مسجد، والفاعل: قاسم، وقسام: مبالغة، والاسم: القسم - بالكسر - ثم أطلق على الحصة والنصيب، فيقال: هذا قسمى، والجمع: أقسام، مثل: حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والاسم: القسمة، وأطلقت على النصيب».
وجاء فى البجيرمى على المنهج أنها: «مطلق التمييز، وكلام صاحب الصحاح يفيد أنها التفريق».
وأما القسمة فى الاصطلاح:
فهى عند الشافعية - كما عرفها الفقيه البجيرمى -: «تمييز الحصص بعضها من بعض».
وعرف الفقيه ابن عرفة القسمة فى حدوده بأنها: «تصيير مشاع من مملوك مالكين معينًا، ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراضٍ»

(٢) يشير بذلك إلى حديث جبير بن مطعم. أخرجه البخارى (٣١٤٠)، وأبو داود (٢٩٧٨)، والنسائى (٧/ ١٣٠-١٣١).

فإن كان فى القسمة أجزاء فالحصة والمأخوذ بالسواء.

وإن قسموا بالقيمة، وهى قسمة التعديل، فقد يظهر التفاوت بين المأخوذ والحصة، فإذا كانت أرض بين اثنين وربعها يعدل ثلاثة أرباعها بالقيمة وأجرة مساحة هذه الأرض وقسمتها دينار:

فإن قلنا هى على الرءوس أو الحصة، فعلى كل منهما النصف، وإن قلنا بقدر المأخوذ، فعلى من أخذ الربع الربع، وعلى من أخذ ثلاثة الأرباع ثلاثة أرباع الأرض.

ولو كان الشريك طفلاً لزمه ما يلزم البائع إن طلب شريك الطفل قيمته، سواء كان للطفل غبطة أم لا، وكذا إذا طلبها الولى وللطفل غبطة.

وليس للولى أن يطلبها بلا غبطة، فإن طلبها بلا غبطة وأجبر الشريك، لم تصح القسمة ولم يلزم الطفل الأجرة.

وقوله فى الحاوى: يكفى قاسم لا مقوم وأجرة بالحصص، فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يذكر أن القاسم يجعل له أجرة من بيت المال وهو وجه، قاله أبو إسحاق لأنه لا يجوز ذلك، والمذهب خلافه.

الثانى: قوله بالحصص، الأصح أنه يقدر المأخوذ إذا كان أكثر من الحصة، وذلك يأتى فى قسمة التعديل كما سبق بيانه.

وقوله: ويجبر على قسمة لم تبق له شركة فى منقول نوع وعقار متحد أو دكاكين صغار معًا مستوٍ بأجزاء أو بقيمة كلبن ودار اختلفا قوالب وأبنية بأقل حظ بأجزاء بلا كسر كلدين وتركة ثم لحرية ورق إن أعتقها تثليثًا، ثم الأقرب إليه أولى من الأقرب إلى الفصل كثلاثين واثنين لعتق ثلث ثمانية تساوت.

أى: إذا امتنع أحد الشركاء من القسمة نظرت: فإن كان قسمة لا تبقى بعدها شركة أجبر عليها إذا وجدت الشروط الآتى ذكرها، فإن كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة والآخر مائتان فطلب أحدهما القسمة ليخلص الخسيس لأحدهما ويبقى الآخر مشتركًا، فلا إجبار؛ لبقاء ضرر الشركة.

وكذلك إذا كان فى أحد جانبى الأرض شجر فأراد قسمتها ويبقى الشجر مشتركًا، لا يجوز ولا يضر بقاء الشركة بين طالبى القسمة إذا لم يبق بين المطلوب منه وبينهم شركة.

وقد احترز بقوله: لم تبق له شركة، ثم إن كانت القسمة قسمة المتشابهات كالحب والدهن والنقد وسائر المتشابهات إذا تساوت واتحد النوع فإنه يجبر على القسمة.

فتعدل الأنصباء فى المكيل بالكيل وفى الموزون بالوزن، فإن اختلفت الأنواع كالمعقلى

والبرنى والرطب واليابس فلا إجبار.

وكذلك العقار الواحد كالدار المستوية الأبنية والأرض المستوية الأجزاء تلحق بالمثليات فيجبر الممتنع فيها على القسمة.

فإن اشتركا فى دارين أو حانوتين مستويى الأبنية والقيمة وطلب أحدهما أن يجعل لهذا دارًا ولهذا الآخر دارًا، لم يجبر الآخر سواء تجاورا أو تباعدا؛ لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأماكن.

نعم الدكاكين المتلاصقة إذا كانت صغارًا لا يمكن قسمة الواحد منها، فإن الأصح الإجبار على قسمتها متعددة.

وأما الأفرجة وهى المزارع من الأرض: فإن كانت متفرقة فكالدور المتفرقة، وإن كانت متجاورة فالأصح أنها كالفراج الواحد إن اتحد المشرب والطريق وإلا فلا، هذا فى المتشابهات، وكذا إن اختلفت أجزاء هذه المذكورات وأمكن التعديل فيها بالقيمة، أجبر.

وهذا إذا لم يكن فيها رد، فإن الأصح أنها تلحق بقسمة المتشابهات فى الإجبار عليها بشرط الاتحاد المذكور، كالدار المختلفة الأبنية واللبن المختلف القوالب.

فإن استوت قوالبه ألحق بالمتشابهات، فإن كان فيها رد؛ كما إذا كان فى أحد جانبى الدار بئر، أو بيت صغير لا ينقسم واحتاج أن يرد فى مقابلته دراهم؛ وكعبدين قيمة أحدهما أكثر لم يجبر على القسمة.

فإن كانوا ثلاثة، وقيمة اثنين مائة وقيمة واحد مائة، فالأصح أنه يجبر، ثم القسمة إنما تكون على أقل حظ، والحظ النصيب.

فإن كان فيها نصف وثلث وسدس قسمت على السدس؛ لأنه الأقل ثم يجعل على أجزاء يخرج بها الحظ سالمًا من الكسر.

فإن كان فيها سدس وثمن قسمت على أربعة وعشرين، ثم يخرج بالقرعة على الأجزاء أو على الأسماء كما سيأتى.

وكما يقرع للأنصباء يقرع للدين والتركة ثم للحرية والرق فيما إذا أعتق عبيده فى مرض موته ولا مال له غيرهم وعليه دين.

فإن كان الدين مثلاً ربع التركة، جعلها أربعة أجزاء، ثم يقرع بينهم بسهم دين وثلاثة أسهم تركة.

فمن خرج للدين بيع فيه، ثم يقسم الباقى بسهم حرية وسهمى رق، ولا يقرع بين الجميع مرة واحدة؛ لأنه ربما خرج العتق أولًا ولا يمكن تنفيذه قبل قضاء الدين، فلم يجز

على الأصح.

ويراعى التثليث فى هذه القرعة؛ لأنه ﷺ جزأ فيمن عتق عبيدًا لا يملك غيرهم ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم أثلاثًا ليعتق الثلث[1].

فإن تعذر التثليث بأن كانوا ثمانية أوصى بعتق ثلثهم، عملنا فى القرعة بالأقرب إلى التثليث، فإن استوت القيم بأن كانت قيمة كل واحد مائة فإنه يجعلهم ثلاثة وثلاثة واثنين، ثم يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة رق غيرهم وانحصر العتق فى الثلاثة.

ثم يقرع بينهم بسهمى حرية وسهمى رق، فمن خرج عليه الرق رق ثلثه وعتق باقيه فى الآخرين.

وإن أخرج سهم العتق على الاثنين أعيدت القرعة بين الباقين فيجزءون ثلاثة أجزاء اثنين اثنين.

فمن خرج عليهم سهم العتق انحصر العتق فيه، ثم يقرع بينهما، فمن خرج عليه العتق عتق ثلثاه ورق ثلثه.

وهذا إذا كان المكتوب الحرية والرق، فإن كان المكتوب الأسماء فلا حاجة إلى إعادتها هنا بين الباقين، بل تخرج مرة أخرى للحرية.

ثم يقرع بين الثلاثة كما سبق بسهمى رق وسهمى حرية، فمن خرج له الحرية عتق ثلثاه، وإن كانوا سبعة جزأهم ثلاثة واثنين واثنين؛ مراعاة للأقرب إلى التثليث وهى الأولى.

وقيل: يراعى الأقرب إلى الفصل ولا يراعى التثليث، مثل أن يكتب أسماءهم فى مسألة الثمانية على ثمانى رقاع، فيخرج واحدة للعتق ثم ثانية ثم ثالثة، فيعتق من الثالث ثلثاه مع الأولين.

وقيل: إنه يتعين الأولى؛ لأنه الأقرب إلى فعل النبى ﷺ.

[وقوله فى الحاوى: «ويجبران قسم بأجزاء متساوية» إلى قوله: «مختلفة الأبنية والقوالب» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وإن تعذر فبمقاربة» وهذه العبارة مشكلة؛ لأن المراد: أن يجزءوا ثلاثة أجزاء اقتداء بالنبى ﷺ فإن تعذرت جزءًا، الثمانية كذلك، وهذه القسمة أقرب إلى التثليث وهى عبارة الرافعى والتقارب قيمة الأجزاء يشبه أن يكون إشارة إلى القرب من التثليث ولم يجز له ذكرها فأشكلت.

---

(١) أخرجه مسلم (٥٦/١٦٦٨) وأبو داود (٣٩٥٨)، والترمذى (١٣٦٤).

الثانى: قوله: «وطفل أولى» لا يختص ذلك بالطفل، بل كل ما لا فطنة له ولا تمييز كالطفل.

الثالث: قوله: «فى عقار»، والعقار: اسم جنس يقع على القليل والكثير والشرط هناك أن يكون وجدا، وكأنه اكتفى بالمثال كدار، ولا يلزم منه ذلك.

الرابع: أنه إن اكتفينا به دليلاً على الاتحاد؛ فإنه يرد عليه الدكاكين الصغار التى لا ينقسم فإن الأصح - إذا كانت متجاورة - أنه يجبر على القسمة فيها متعددة، وكان حقه أن يحترز منها.

الخامس: أنه حر بين المتقاربة والأقرب إلى الفصل، والأولى أولى، بل قيل: إنها تجب][1].

القسمة بالقرعة

وقوله: ويقرع بنحو حصى، لا ظهور غراب، أو بكتب أجزاء وحرية ورق أو أسماء، والأسماء لأجزاء اختلفت أوْلَى برقاع تبندق سواء، ويقول القاسم لغائب وغر أولى ضع هنا ثم هنا ولا يفرق حق، وهذا إن بقى نفعه للطالب ولو بإحداث مرافق.

أى: ولا تتعين القرعة بالرقاع بل تجوز بالنوى والحصى والأقلام المتساوية.

فإن اختلفت كنواة وحصاة وقلم ففى جوازه تردد، ولا تجوز بظهور غراب ووضع يد، فإن اتفقوا على أنه إن ظهر غراب فهذا لفلان، أو فالحر فلان وإن ظهر حمام ففلان - لم يصح ولم يعتمد.

وكذا إن وضع فلان يده على شىء منها فهو لك.

وأما القرعة بالرقاع بأن يكتب عليها الأجزاء فى قسمة الملك والحرية والرق فى العتق، ويجعل الرقاع فى بنادق من طين أو شمع، وليكن الطين جافًا بحيث لا يمحو الكتابة، ولتكن الرقاع متساوية بعدد الأنصباء. وهذا إذا كانت الأنصباء متساوية، ثم يخرجها على الأسماء بأن يأمر القاسم من لم يحضر إدراج الرقاع فى البنادق، ويأمر أن يضع واحدة باسم زيد، والأخرى باسم عمرو وهكذا.

وكذلك يكتب الحرية والرق ويخرجها على الأسماء، فمن خرج له الحرية عتق أو الرق رق.

وإن شاء كتب فى الرقاع أسماء الشركاء والعبيد وأخرجها على الأجزاء والحرية والرق،

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فمن خرج له رقعة فله ما فيها.

فإن كانت القرعة بين الشركاء وكانت الأنصباء مختلفة كنصف وثلث وسدس، فليكتب الأسماء.

فإن كانت الأنصباء كما ذكرنا، جزأها ستة أجزاء وكتب أسماء أربابها فى ثلاث رقاع.

فإن خرج أولًا اسم من له النصف أخذه واثنين بعده، ثم إن خرج بعده اسم صاحب الثلث أخذه وواحدًا بعده، وبقى الباقى لصاحب السدس.

وإن خرج الأول لصاحب السدس والثانى لصاحب النصف، تعين الآخران[1] لصاحب الثلث.

وإن خرج أولًا لصاحب الثلث أخذه والآخر بعده ثم يخرج أخرى، فمن خرج له بعد ذلك جزء استوفى وبقى الباقى[2]، وعلى هذا.

وإن شاء كتب فى ست رقاع، وليس فيها فائدة إلا سرعة خروج اسم صاحب الأكثر؛ لأنه يكتب اسم صاحب النصف فى ثلاث واسم صاحب الثلث فى ثنتين.

وإن كتب فى صورة اختلاف الأجزاء فى الرقاع، فقد قيل: لا يجوز؛ لأنه ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثانى، أو الخامس فيتفرق ملك من له النصف أو الثلث.

وإنما كان ذلك لأنه يشترط تمييز الأجزاء كل عن الآخر بعلامة.

والأصح الجواز، والاحتراز عن تفريق الملك ممكن بأن يبدأ باسم صاحب النصف.

وإن خرج الأول باسمه أخذه مع الثانى والثالث، وإن خرج الثانى أخذه مع الأول والثالث، وإن خرج الثالث أخذه مع اللذين قبله، وإن خرج الرابع أخذه مع اللذين قبله.

وتعين الأول لصاحب السدس، والأخيران لصاحب الثلث، وإن خرج الخامس فهو له مع اللذين قبله، وتعين السادس لصاحب السدس، والأولان لصاحب الثلث.

وإن خرج السادس فهو له مع اللذين قبله، وإذا أخذ صاحب النصف حقه ولم يتعين حق الآخرين أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما فلا يقرع تفريق.

والأولى أن يكون المأمور بإخراج الرقاع غرًّا بعيد التمييز من عجمى وأبله وطفل؛ لأنه أبعد عن التهمة.

وإنما يجبر على القسمة إذا كان يبقى للطالب النفع كما كان قبل القسمة.

فإذا كان بيت بين اثنين لأحدهما سدسه وذلك لا يصلح للسكنى لقلته وخمسة الأسداس

---

(١) فى أ: الأول.

(٢) فى أ: الباقى للثالث.

صالحة لها: فإن طلب القسمة صاحب السدس لم يجبر الآخر، وإن طلبها صاحب الأكثر أجبر صاحب السدس؛ لصحة غرض صاحب الكثير وفساد غرض صاحب الأقل.

فلو كانوا ثلاثة لواحد الثلثان وللآخرين الثلث وسألاها أجيبا[١] إن كانا ينتفعان به مع الإشاعة، وإليه الإشارة بقوله: لمن طلب.

فإن كان فى القسمة ضرر على الجميع كجوهرة بين اثنين وثوب نفيس وسألا القسمة بالكسر أو القطع لم يجبر[٢]؛ لأن فيه تضييعًا للمال.

فلو كان بينهما حمام مثلاً وإذا اقتسماه انتفع به أحدهما حماما ولم ينتفع الآخر به حمامًا إلا بإحداث ماء من بئر ونحوه أو بإحداث مستوقد وأمكن إحداثه، أجيب كل منهما. وإن لم يمكن إحداثه فلا قسمة إن طلبها غير المنتفع.

وقوله فى الحاوى: والشركاء إن اختلفت الأنصباء، قد بينا أن كتب الشركاء لا يتعين بل هو أولى وأن فيه وجهًا أنه يتعين، قال الميمى: وهو ظاهر إيراد صاحب الكتاب[٣] والصحيح خلافه.

وقوله: وفى غير بتراض قبل وبعد كجدار فإن قسم عرضًا فلكل ما يليه، ونقضت لغلط ثبت لا ذات تعديل بتراض إذ هى بيع، وإن استحق بعض لا معين بتساو وبطلت، ولا يقسم قاض بقولهم ولهم مهايأة ورجوع فيغرم الأجرة مستوف، ولنزاع أجر.

أى: وفى قسمة المتشابهات والتعديل المتحد يخير، وفى غيرها يشترط التراضى قبل القسمة وبعد تمامها بالقرعة.

وذلك فى مختلفة الأجناس أو الأنواع سواء كان فيها رد أم لا، أو منفعة وفيها رد، فإن تراضيا بقاسم يقسم بينهما فقسم وأقرع، لم يلزم على الصحيح إلا بالتراضى بعد ذلك، ولا يشترط لفظ البيع.

وهذا كالجدار المشترك بين الملكين إذا قسم فإنه يشترط التراضى فى قسمته قبل القسمة وبعدها، سواء قسم طولًا أو عرضًا، والطول امتداد من زاوية البيت إلى الزاوية الأخرى، وأما الارتفاع فهو سمك، والعرض هو البعد الثالث، فإذا كان طوله عشرة فى عرض ذراع فقسمته نصفين طولًا فلكل خمسة منه فى طول ذراع.

وإن قسمته عرضًا فلكل نصف ذراع فى طول عشرة، ففى قسمة الطول يقرع بينهما كما

---

(١) فى أ: أجنبيا.

(٢) فى أ: يجز.

(٣) فى أ: الحاوى.

سبق وفى قسمة العرض مختص كل منهما بما يليه.

ولا يحتاج إلى القرعة، وقيل: إن قسمته عرضًا يجبر عليها، وفى كيفية قسمة الجدار وجهان:

أحدهما: يرسم بخيط ويعلم بعلامة والثانى: يشق بالمنشار.

وقسمة التعديل بيع، سواء كان فيها رد أم لا على الصحيح، وقسمة المتشابهات إفراز لا بيع على الأصح.

ومعنى الإفراز فرز[1] الحقين، وحيث قلنا: القسمة بيع اشترط قبض الربوى فى المجلس، وحرم فيها ما يحرم فى البيع من الربا وغيره.

وإذا ادعى أحد الشركاء على أصحابه[2] الغلط فى القسمة وأقام بينة نظرت: فإن كانت القسمة قسمة إجبار سمعت دعواه على الشركاء.

فإن ثبت الغلط إما بالبينة أو بنكول الشركاء - وكيفية إقامة البينة أن يحضر قاسمان عدلان فينظران ويشهدان بالحيف؛ كما إذا استحق ألفًا فمسح فإذا هو سبعمائة - فتنتقض القسمة.

ولو ادعى على القاسم لم يحلف؛ لأنه لو اعترف بالغلط وكذبه الشركاء فالقول قولهم. لكن باعترافه[3] ترد الأجرة. وإن كانت القسمة بتراض نظرت: فإن كانت قسمة إفراز - وهى قسمة المتشابهات - نقضت بثبوت الغلط أيضًا.

وإن كانت قسمة تعديل لم تنقض[4]؛ لأنها بيع وقد تراضيا عليه.

وإذا استحق شىء من المقسوم نظرت: فإن كانت جزءًا شائعًا بطلت على المذهب؛ لأنه بان المستحق شريكًا لهم وانفراد بعض الشركاء بالقسمة لا يجوز.

وإن كان معينًا نظرت: فإن خرج فى نصيب بعض أكثر بالنسبة إلى حصته أو اختص به بعضهم بطلت على المذهب.

وإن انقسم بينهم بالسوية على قدر السهام، لم تبطل القسمة فى الباقى؛ لأنهم اقتسموا ما يستحقونه بالسوية، وصاحب العين ليس شريكًا لهم.

وإذا جاء قوم وبأيديهم ملك مشترك وسألوا من الحاكم قسمته بينهم بمجرد دعواهم الملك:

---

(١) فى أ: تمييز.
(٢) فى أ: صاحبه.
(٣) فى أ: باعترافهم.
(٤) فى أ: ينفصل.

فالأصح أنه لا يجيبهم إلى ذلك؛ لأنه ربما كان فى أيديهم بغير الملك، فإذا قسم بينهم القاضى ادعوا الحكم بالملك.

والقول الثانى أنه يقسم بينهم ويكتب أنى قسمت بقولهم.

وفيه قول ثالث أنه يقسم بينهم غير العقار بقولهم لا العقار احتياطًا؛ لاستدامة ضرره.

ويجوز قسمة المنافع بالمهايأة مياومة ومشاهرة ومسانهة، ولا إجبار عليها فيما ينقسم قطعًا، ولا فيما لا ينقسم؛ كالعبد والقناة على الأصح، فلكل منهم الرجوع قبل استيفاء نوبته أو نوبة صاحبه، وكذا بعده على الأصح.

فإن رجع أحدهما فعلى الذى استوفى النوبة قسط شريكه من الأجرة لتلك المدة، ولا تجوز المهايأة فى أخذ اللبن والثمر من البهائم والشجر.

وإذا تنازع الشركاء فى المهايآت، أجر الحاكم العين لهم ولا يبيعها عليهم.

[وقوله فى الحاوى: «وبتكرير تراض» إلى قوله: «وللنزاع يؤجر» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وبتكرير تراض» اعترض بعضهم على المصنف، وقال: لا يلزم منه أن يكون الثانى بعد القرعة وهو ظاهر.

الثانى: اعترض عليه أيضًا بعضهم، وقال: قوله «بتكرير تراض» فى غير مقتضى أن تكون القسمة موقوفة على تكرير التراضى، قال ابن النحوى: ولا يخفى ما فيه.

الثالث: قوله: «وبتكرير تراض فى غير كالجدار طولًا وعرضًا خص كل وجه لصاحبه» اعترض عليه بعضهم - ولعله القونوى - وفهم منه أنه خصص تكرير التراضى فى الجدار بالطول دون العرض؛ لأن قوله «وعرضًا» متعلق بـ «خص»، وليس معطوفًا على طول، وأنكر ابن النحوى عليه.

الرابع: قوله: «ولا تنفع دعوى الغلط» ثم قال: «ونقضت بالإجبار بالحجة» فتناقض كلامه؛ لأن الحجة لا تقوم إلا بعد الدعوى، وأوَّله بعضهم فقال: لا تنفع دعواه الغلط على القاسم، وضعفه ظاهر لعدم التقييد.

الخامس: قوله: «ونقضت بالإجبار» يعنى القسمة فاقتضى أنه لا ينقض بالتراضى مطلقًا، وليس كذلك، بل ذلك فى قسمة التعديل.

وأما قسمة المتشابهات، فالأصح أنها إفراز لا بيع فينقض، وإن تراضيا، كما ذكره الأصحاب.

السادس: قوله: «ويجيب طالبها وكتب أنها قسم، بقولهم، يعنى: فيما إذا سأل الشركاء الحاكم أن يقسم بينهم عينًا بأيديهم، لا يعرفها لهم، والأصح: أنه لا يجيبهم،

قال فى «الروضة»: وهو المذهب.

السابع: قوله: «وتهايأ إن امتنعت» يعنى إن امتنعت القسمة، وليس امتناعها شرطا فى جواز المهايأة، ولا فى وجوبها على المذهب بأن تجوز المهايأة فى المشتركة بالتراضى سواء انقسم أم لا.

الثامن: قوله: «ورجع ما لم يستوف نوبته» يعنى ويرسل أنه إذا استوفى لا يكون له الرجوع حتى يستوفى الآخر، والأصح أن لكل الرجوع سواء استوفى الأول أم لا][1].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

باب العتق

وقوله: باب: لا عتق إلا بملك بعض أو لمالك به وبتحرير وفك رقبة ولو بتعليق وابنى لممكن وإن كذبه وعرف ويا حر لا بصارف بقرينة كقصد اسم أبدل، وإن كان اسمه فكناية كمولاى وسيدى وما لطلاق وظهار، لا أنا منك حر واعتد لذكر.

أى: هذا باب العتق، وهى قربة مندوب إليها، وذكر الرافعى فى كتاب الصداق أن العتق المعلق والإيصاء به ليس قربة، واستشكل قال: بخلاف التدبير.

ثم العتق إنما يكون بملك البعض، يعنى فرعه وأصله - وسيأتى ذكره - أو للمالك بما سيأتى ذكره، فلا يصح عتق غير المالك ولا إعتاق الرقيق الموقوف عليه.

فإذا قال لعبد غيره: أعتقتك فى معرض الإنشاء لغا، أو معرض الإقرار، أخذناه به إذا ملك. وليس للمالك أن يعتق إلا بلفظ الصحيح[١] أو الكناية.

فالصريح لفظ العتق، وإليه الإشارة به: ولفظ التحرير ولفظ فك الرقبة.

فإذا قال لعبده: أعتقتك، أو أنت عتيق، أو حررتك أو أنت حر، أو فككت رقبتك أو أنت مفكوك الرقبة، عتق بالصريح ولا يحتاج إلى النية.

وإذا قال لعبده: يا حر نظرت: فإن قال: أردت مدحه بأخلاق الحر، وكان هناك قرينة تقتضى ذلك، فالقول قوله.

وإذا قال: قصدت نداءه نظرت: فإن كان اسمه حرًا وناداه باسمه لم يعتق، وإذا[٢] نوى عتقه فيكون كناية كما سيأتى.

وإن لم يكن اسمه الآن حرًا ولكنه قد كان اسمه وأبدل به غيره وقال: قصدت اسمه الأول فالقول قوله بيمينه.

وإن لم يقصد شيئًا فى هذه الصورة، عتق بمجرد اللفظ فإنه صريح، ولو قال لأمته فى زحمة وهو لا يعرفها: يا حرة تأخرى، لم يؤثر[٣].

ولو قال للمكاس: هو حر؛ دفعًا للمطالبة بالمكس، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، ويؤاخذ بإقراره، وإن قال لعبده: يا بنى أو هذا ابنى، فإن كان يمكن أن يكون ابنه لصغر سنه، عتق عليه سواء صدقه العبد أو كذبه، وسواء كان له أب معروف أم لا؛ مؤاخذة له بإقراره.

---

(١) فى أ: الصريح.
(٢) فى أ: إلا إذا.
(٣) فى أ: يضر.

ولو قال: يا بنى بقصد الملاطفة فى الخطاب لم يعتق، وكذلك لو قال لزوجته: يا بنتى، فقد قال النووى: المختار أنه لا يقع إلا بالنية؛ لأنه فى العادة يستعمل للملاطفة.

وإذا قال لعبده: يا مولاى، فكناية إن نوى عتقه بذلك، وإلا فلا، وكذلك يا سيدى على الأصح.

وسائر ألفاظ الطلاق والظهار صريحهما وكناياتهما كناية فى العتق، واستثنى من ذلك: أنا منك حر؛ فإنه لغو، خلاف: أنا منك طالق لزوجته؛ لأن الزوجية تشتمل الزوجين، والملك لا يشمل غير المملوك.

وكذلك إذا قال لعبده: اعتد[1] أو استبرئ، فهو لغو بخلاف الأمة فإنه كناية العتق فيها.

[وقوله فى الحاوى: «إنما يصح إعتاق مالك به» إلى قوله: «لا أنا منك حر» فيه أمور:

أحدها: قوله: «إنما يصح إعتاق مالك به» أراد حصر شيئين: أنه لا يصح العتق إلا من مالك، وأنه لا يصح العتق إلا بلفظ العتق وما بعده، والظاهر أنه لا يتوجه إلا إلى أحدهما.

الثانى: قوله: «وقصد اسمه القديم» لا يلزم من كونه قديمًا أنه قد ترك وأضرب عنه، والمراد أن يكون ذلك اسمه يوم القصد، بل قد بدل به اسمًا آخر.

الثالث: أنه يستثنى من ألفاظ الطلاق «أنا منك طلاق» فأخذ من قول الحاوى: «لا أنا منك حر» بطريق الأولى.

وقد اقتصر عليه، ويستثنى أيضًا قوله للعبد: اعتد واستبرئ، فإنه لاغ فى حقه بخلاف الأمة][2].

وقوله: وأول ولد حر تنحل بميت، وتبع أما حمل يملكه، ولا عكس، وهو بعوض كالخلع، وأعتق عبدك، وأم ولدك بألف ففعل؛ نفذ واستحق، أو أعتقها به عنى، أو أعتقه عنى فمجانًا، لا عن كفارتى، وملكه قبيل عتقه، وأحدكما حر بألف، فقبلا، وأيس بيان فقرعة وقيمة.

أى: إذا قال لأمته: أول ولد تلدينه حر، فولدت أول ولد ميتًا - انحل عقد الإعتاق.

فإذا ولدت آخر حيًا لم يعتق؛ لأن الميت يسمى ولدًا.

وإذا أعتق أمته الحامل وكان الحمل ملكه تبع الأم، فلو كان الحمل ملكًا لغيره لم يعتق؛ لأن العتق بالتبعية لا بالسراية، فلا يستتبع عتقه غير ملكه.

فإن استثنى الحمل لم يؤثر وعتقا جميعًا، ولو استثنى الحمل فى البيع بطل لضعفه عن

(١) فى أ: اعتق.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

العتق، ألا تراه لو أعتق الأمة إلا يدها عتق الكل.

ولو قال: بعتكها إلا يدها لم يصح البيع، ولو عكس فأعتق الحمل لم تعتق الأم وفيه وجه.

والإعتاق بعوض مثل الخلع من جانب الملك معاوضة فيها شائبة التعليق ومن جانب المستدعى معاوضة فيها شوب جعالة، وإذا كان العوض فاسدًا رجع إلى القيمة.

ولو استدعى من رجل أن يعتق عنه عبده المغصوب عند العجز عن انتزاعه بألف فأعتقه، لزمه الألف؛ لأنه يحتمل فى البيع الضمنى ما لا يحتمل فى غيره، وإنما يعتق إذا حصل القبول على الفور.

وسواء قال: أعتقه بألف عنك أو عنى أو أطلق فإنه يلزمه الألف، لكن لا يقع عن المستدعى إلا فى قوله: عنى، ويملكه بالفراغ من اللفظ، ثم يعتق بعد دخوله فى ملكه.

وكذلك إذا قال: اعتق مستولدتك بألف ولم يقل عنى، عتقت ولزمه الألف، وكأنه افتداها بالألف.

فإن قال: عنى، عتقت مجانًا ولا يستحق عليه شيئًا؛ لأن الملك فيها لا ينتقل. ولو قال: اعتق عبدك عنى، ولم يقل بألف فأعتقه عنه عتق عنه، ودخل فى ملكه هبة قبل العتق وصار الولاء له، ولا أثر لعدم القبض؛ لأن الضمنى يحتمل فيه ما لا يحتمل فى غيره.

أما إذا قال: عن كفارتى، فإنه يلزمه العوض وإن لم يذكره على الأصح، كما لو قال: اقض دينى، ويدخل فى ملكه بيعًا.

ولو قال لعبديه: أحدكما حر بألف أو أعتقت أحدكما بألف، فلا بد من قبولهما جميعًا على الفور، فإذا قبلا وبين العتق فى أحدهما لزمه الألف وبقى الآخر رقيقًا.

وإن مات قبل البيان بين وارثه، فإن لم يكن له وارث أو كان ومات فقد أيس من البيان فيقرع بين العبدين.

فمن خرجت له[1] عتق ولزمته قيمته فقط لفساد[2] المسمى بالإبهام، وقيل: يلزمه المسمى؛ لأن المقصود العتق والأول أصح.

السراية فى العتق

[وقوله فى الحاوى: «وأعتق عبدك بألف» إلى قوله: «المستولدة» فيه أمور:

أحدها: قوله: «مجانًا» ليس بشرط، بل قال: اعتق عبدك عنى ولم يزد، لم يلزمه شىء، لكنه يملكه هبة.

---

(١) فى أ: قرعته.

(٢) فى أ: كفاسد.

الثانى: قوله: «أو عنى المستولدة»: أى: أعتق مستولدتك عنى بكذا ففعلت - عتقت ولم يلزمه شىء، ولم يصرح بحكم فى قوله: «أعتق مستولدتك عنى فقط»، قال الميمى: هو كما لو صرح بالعوض، والأصح أنه لا يلزمه شيء.

الثالث: سكت عما إذا قال: أعتق عبدك عن كفارتى، والأصح أنه يلزمه العوض، كما لو قال: اقض دينى، وهو مقتضى البناء الذى ذكره الرافعى][1].

وقوله: ويسرى لا بعد موت حالًا كإيلاد لا تدبير إلى باق له ولشريك لم يولد لبعض بعض ملك لا قهرًا كإرث، وإن علق عتقه عليه، لا بقتله ومعه، ورهن أو كاتب فعجز.

أى: وإذا أعتق المالك بعض مملوكه سرى العتق إلى باقى ملكه، سواء كان غنيًّا أو فقيرًا، وسواء أعتق منه جزءًا شائعًا أو معينًا كإصبع وأنملة.

وإنما يسرى إذا حصل العتق فى حال حياة المعتق، فلو أوصى بأن يعتق عليه[2] بعض عبده فأعتق لم يسر بعد موته؛ لأنه أعتق عن الميت.

والميت حينئذ لم يملك باقى العبد، ولا هو موسر فيقوم عليه نصيب غيره، والسراية تقع حالًا إذا كان باقى العبد ملكه قطعًا.

وإن كان باقيه لشريكه فالسراية تقع حالًا على الأصح إذا كان موسرًا كما سيأتى، والاعتبار باليسار حال السراية.

فلو كان حينئذ فقيرًا ثم أيسر، لم تقع السراية بعد ذلك، ثم هل تقع السراية مع العتق أو بعده؟ المشهور كما فى الكفاية الثانى.

وكذلك الإيلاد ويسرى إلى باقى [المستولدة المشتركة فى الحال، فإذا وطئ أحد الشريكين المشتركة وأولدها سرى إلى نصيب][3] شريكه وقومت عليه كما فى العتق وصارت مستولدته، وإن كان معسرًا بقى البعض للشريك.

وتقع السراية من وقت العلوق فيعتبر قيمتها حينئذ، وإنما يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسرًا.

فإن لم يستولد شريكه، وصورة ذلك أن يطأ الشريك المعسر المشتركة فيولدها، فلا يسرى إلى نصيب شريكه.

فإذا استولد شريكه الموسر نصيبه أو أعتقه لم يسر أيضًا إلى نصيب شريكه؛ لأن السراية

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: عنه.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

تتضمن انتقال الملك إليه.

والمستولدة لا ينتقل الملك إليها ولا يسرى التدبير كما يسرى الاستيلاد حتى لو دبر بعض عبده اقتصر التدبير على ما دبره.

ومن ملك بعض من يعتق عليه من والد أو ولد باختياره سرى إلى نصيب شريكه وعتق عليه وقوم عليه إذا كان موسرًا، وذلك إذا ملكه بشراء أو اتهاب أو قبول وصية.

واختلفوا فى المكاتب إذا اشترى بعض أصله أو فرعه ثم عتق فإنه يعتق بعتقه.

وهل يقوم عليه لأنه ملكه باختياره، أم لا لأنه لم يعتق إلا بعتقه؟

قال القفال بالثانى، ونقله عن الرافعى فى آخر الباب، ونقل قبيل الحكم الرابع قول القفال هذا.

ونقل عن ابن الحداد أنه يقوم عليه وأن الشيخ أبا على صححه.

ونقل ابن الرفعة أن الإمام صححه أيضًا، كما قاله ابن النحوى فى شرحه.

وإن دخل فى ملكه قهرًا كالإرث والرد بالعيب ونحوه لم يسر؛ لأن التقويم سبيله سبيل الغرامة للمتلفات، وهذا[1] لم يتلف.

فإذا ملك بعض ابن أخيه فباعه بثوب مثلاً وماتا، فورثه أخوه ثم رد عليه بعيب - فإنه يعتق عليه ذلك للولادة، ولا يقوم عليه نصيب الشريك؛ لدخوله فى ملكه قهرًا.

فلو دخل باختياره بأن وجد بالثوب عيبًا فرده، فهل يسرى إليه نصيب شريكه؟ وجهان:

قال فى الروضة: الأصح هنا السراية ويسرى إلى نصيب الشريك.

وإن كان قد علق عتق نصيبه على عتق نصيب شريكه هذا إذا قال: إن أعتق شريكى نصيبه فنصيبى حر.

فلو قال: إن أعتق نصيبه فنصيبى حر معه، لم يسر على الصحيح.

وإن قال: فنصيبى حر قبله فهذه - إذا كان المعلق موسرًا - من مسائل الدور؛ لأنه إذا أعتق نصيبه تبين عتق نصيب شريكه قبله وسرايته إلى نصيبه.

وإذا كان كذلك لم يقع العتق المنجز، وإذا لم يقع لم يقع المعلق.

لكن الأصح الذى عليه الفتيا أن العتق كما صححوا وقوع الطلاق الدورى. أما إذا كان قد دبر فإنه يسرى إليه.

ولم يذكره فى الإرشاد استغناء بقوله: وإن علق عتقه عليه؛ لأنه إذا سرى إليه - وعتقه

---

(١) فى أ: وهذا إذا.

معلق بعتق نصيب شريكه - فلأن يسرى إلى المدبر وعتقه معلق بموت سيده أولى.

ويسرى إلى المرهون وتجعل القيمة رهنًا مكانه.

وقوله فى الحاوى: لا إرث ورد بعيب، هذا إذا كان المردود هو العيب، أما إذا رد هو الثمن فإن السراية تحصل فى الأصح كما ذكره فى العزيز والروضة لاختياره.

وقوله: بقدر يسار ولو مدينًا، لا بما ترك لمفلس، بقيمة يومه على الرءوس لا الحصص، وحلف غارم لا لنقص طارئ، وله ولاء، وشرط إبطاله لغو.

أى: وسرى إلى ملك الشريك بقدر اليسار، فإن كان موسرًا بقيمة الشقص كله عتق كله وقوم عليه، أو ببعضه فقدر ذلك البعض. وإن كان على الشريك دين يستغرق ماله فالأصح أنه يسرى كما تلزمه الزكاة.

فإن كان يملك ما يترك للمفلس من ثياب بدنه وقوت يومه، ومسكن يومه لم يقوم عليه إلا فيما زاد على ذلك، والتقويم بكون القيمة[1] يوم الإعتاق.

ثم التقويم والسراية على قدر رءوس الشركاء لا على قدر الحصص، فلو كان لأحدهم النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس، وأعتق صاحب النصف والسدس نصيبهما - عتق نصيب صاحب الثلث عليهما بالسراية على قدر الرءوس لا الحصص على الأصح كالجراحات القاتلة.

وإذا مات العبد العتيق، أو بعد بعدًا يتعذر معه معرفة قيمته - فالقول قول الغارم؛ فيحلف على قدر قيمته ويغرم.

فإذا ادعى نقصًا فى العبد نظرت: فإن كان خلقيًا بأن قال: خلق بلا يد أو رجل أو أكمه - فالقول قوله أيضًا؛ لأن الأصل براءة ذمته.

وإن قال: طرأ عليه عمى أو عور أو عرج، فالقول قول مالك الشقص؛ لأن الأصل السلامة.

ويحصل بالعتق الولاء للمعتق، فإن أعتقه بشرط أن لا ولاء له عليه وأن تكون سائبة، لغا.

وكذا إذا اشتراه بشرط الإعتاق وأن يكون الولاء للبائع صح الشراء ولزمه الإعتاق، ويلغو اشتراط الولاء لغير المعتق؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[2] والله أعلم.

---

(١) فى أ: يكون بقيمة.

(٢) أخرجه البخارى (٦٥٧٢)، ومسلم (٥/ ١٥٠٤).

التدبير

وقوله: باب: التدبير بلفظه، وتعليق عتق بموته، وإن قيده أو علق تدبير، لا أنت حر قبل موتى أو بعده بزمن وإذا مت فأنت حر، إن فعلت فيه بعد، إن لم يرد قبل بتراخ لا مشيئة بإن وإذا وتبع حمل قارن لا أم حملاً.

أى: اعلم أن التدبير اسم لتعليق العتق بالموت، ويقع بلفظ التدبير، فإذا قال: دبرتك أو أنت مدبر، صار عتقه معلقًا بموته.

ويقع بقوله: أنت حر بعد موتى، أو إذا مت فأنت حر. فإن كان العبد لشريكين فقالا: إذا متنا فأنت حر، لم يعتق نصيب من مات أولاً حتى يموت الثانى.

وإذا علق عتقه بزمن بعد الموت كأنت حر بعد موتى بشهر، فإذا مات [لم يجز بيعه قبل الشهر والصحيح أن هذا تعليق بصفة لا تدبير كما فى الروضة، ولكن له حكم التدبير](١) فإنه يعتق من الثلث [وكذلك قوله: «وأنت حر قبل موتى لشهر» مثلاً تعليق بصفة إلا أنه لا يلزم منه العتق من الثلث](٢). وقد نفاهما فى الإرشاد ولم يجعلهما من التدبير تبعًا للأصحاب لدخولهما فى باب العتق.

ويصح التدبير سواء أطلق كما ذكرناه، أو قيد الموت بصفة؛ كقوله: إن مت من مرضى هذا أو فى سنة كذا.

فإذا مات بالصفة المذكورة عتق وإلا فلا، ولو علق التدبير بأن قال: دبرتك إن دخلت الدار أو إن شئت، فيشترط فى هذا أن يحصل الدخول والمشيئة فى الحياة، وبقى للمشيئة(٣) شرط آخر سيأتى.

فإذا مات قبل وجود الصفة فلا تدبير، وكذا لو قال: إن شئت أو إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى.

اشترط المشيئة والدخول قبل الموت، فإن أخر الشرط فقال: أنت حر بعد موتى إن شئت أو إن دخلت الدار، نظرت: فإن أراد أن تكون المشيئة والدخول بعد الموت، أو أطلق ولم يرد شيئًا - اشترط أن يكونا بعد الموت.

وإن أراد أن تكون المشيئة والدخول قبل الموت، عمل بقوله.

وإذا علق بدخول الدار أو بفعل آخر لم يشترط أن يكون الدخول والفعل فورًا، سواء كان التعليق بإن أو غيرها، وإن كان بالمشيئة: كأنت مدبر إن شئت أو إذا شئت أو إن شاء فلان، اشترط أن تكون المشيئة حال علمه، فإن أخر لغا التعليق، وإن كان بلفظ: متى شئت أو أخواتها، لم يشترط الفور.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: للمسألة.

وإذا دبرها وهى حامل، دخل معها الحمل فى التدبير على المذهب.

وأما ما يحدث بعد ذلك، فالأظهر كما قاله النووى فى الروضة عند الأكثرين: أنه لا يلحق التدبير.

وأما إذا مات السيد وهى حامل فإنها تعتق، ويعتق الحمل كما يقتضيه قوة العتق، وقد سبق فى العتق. وإذا دبر الحمل صح ولم تتبعه الحامل.

[وقوله فى الحاوى: «التدبير تعليق العتق بموته» إلى قوله: «وتناول الحمل وعتق معها» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وبزمن قبله» يريد أن التعليق بزمن قبل الموت تدبير؛ كأنت حر قبل موتى لشهر، قال الميمى وغيره: جعله هذا من التدبير شيء انفرد به؛ لأنه إن أراد من حيث إنه يعتق بالموت - لم يصح؛ لأنه يعتق قبل الموت بالمدة التى عينها، وإن أراد أنه يعتق من الثلث فغير مسلم؛ لأنه قد يكون موته فجأة، أو مرضه فى أثناء الشهر فيعتق من رأس المال.

الثانى: أنه لم يبين ما يقتضى إطلاقه وجود الصفة به قبل الموت مما يقتضى وجودها بعده.

الثالث: أن قوله: «ومتى شئت فى الحياة» قد يوهم أيضًا أن صورة المسألة: إذا مت فأنت حرٌّ متى شئت فى الحياة، وليس كذلك فإن فى هذه الصورة يشترط وجود الصفة بعد موت السيد لا فى حياته؛ كما بيناه][(١)].

وقوله: وبطل ولم يعد بإيلاد، ونقل ملك ولو لأم الحمل، لا بفسخ وجحد وفداء جان، ولا يبطله وارث كعاريته بعده وجنايته من التركة، وحلف على كسبت لا ولدت بعده.

أى: ويبطل التدبير باستيلاد السيد الأمة المدبرة على الأصح، حتى لو قال: كل مدبر لى حر لم تعتق المدبرة التى استولدها، وقيل تكون مستولدة مدبرة.

ويبطل أيضًا بانتقال الملك عنه ببيع أو هبة أو وقف؛ لأنه ﷺ باع المدبر كما ثبت فى الصحيحين[(٢)].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) يشير إلى حديث جابر بن عبد الله. أخرجه البخارى (٦٧١٦)، ومسلم (٥٨/٩٩٧)، ولفظه: أن رجلا من الأنصار أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال: من يشتريه منى فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه.

والحمل يتبع الأم، فيتبعها فى البيع، ويبطل التدبير فيه سواء كان مدبرًا معها أو دونها.

فإذا باع المدبر ثم عاد إليه بملك لم يعد التدبير، وإن قلنا إنه وصية، وكذا إن قلنا: إنه تعليق بصفة؛ بناء على الأصح فى اليمين وهو عدم عود الحنث.

ولا يبطل بقوله: فسخت التدبير أو رجعت فيه على الأصح؛ بناء على أنه تعليق عتق بصفة فأشبه سائر التعليقات.

وكذلك لا يبطله جحد[1] السيد وإنكاره له. وقد فهمت من قوله: «بنقل الملك»، أنه لا يبطل بالرهن والكتابة.

ولو جنى العبد[2] ففداه السيد، لم يكن الفداء مبطلًا للتدبير، وليس للوارث إبطال التدبير.

ويتصور فيما إذا دبر الشريكان عبدًا، أو علقا عتقه بموتهما جميعًا فمات أحدهما، بقى نصيبه مدبرًا حتى يموت الآخر. وليس للوارث إبطال هذا التدبير. وكذلك إذا أوصى الميت أن يعار فلان داره بعد موته مدة لم يجز للوارث الرجوع فيها كما يجوز للمورث؛ نظرًا للميت، بخلاف الوارث إذا أعار فله الرجوع متى شاء.

وإذا كان قد جنى جناية فى حياة السيد فلم يفده السيد ولا باعه فيها، وكانت التركة تتسع لقيمة المدبر وأرش جنايته - وجب فداؤه منها.

وإن لم تتسع لهما بيع منه بقدر ما عجز على الأصح، كما يقتضيه البناء الذى ذكره فى الروضة على الخلاف فى نفوذ عتق الجانى.

قال: فإن نفذناه أخذنا الفداء من تركة السيد، ويكون الفداء أقل الأمرين بلا خلاف؛ لأنه تعذر تسليمه للبيع. انتهى.

والأصح من الخلاف نفوذ عتق الجانى من الموسر.

وإذا ادعى على الوارث مالًا فى يد المدبر بعد موت السيد، فقال: إنه كسبك فى حال حياته، فهو تركة.

وقال المدبر: بل كسبه بعد موت السيد، صدق المدبر بيمينه، وإن كان معها ولد فقالت: ولدته بعد التدبير، على قولنا ولد المدبرة مدبر، أو قالت: ولدته بعد العتق، على قولنا: إنه ليس بمدبر وهو الأصح، وقال الوارث: بل قبله - صدق الوارث بيمينه.

[وقوله فى الحاوى: «ولا يلزم الوارث» يعنى: أرش الجناية التى جناها المدبر فى حياة

---

(١) فى أ: حجر.
(٢) فى أ: المدبر.

السيد إذا طولب بها بعد الموت، هذا أخذه من قول الرافعى، وإن مات السيد قبل البيع واختيار الفداء فالأصح أن حصول العتق على الخلاف فى نفوذ عتق الجانى، والأصح أنه لا تنفذ من الموسر دون المعسر، ويشبه أن يقال: الميت معسر، هذا لفظ الرافعى، فجزم فى الحاوى بمقتضى التشبيه فقال: لا يلزم الوارث فيباع حينئذ فى الجناية، والنووى - رحمه الله - حذف من «الروضة» قول الرافعى، ونسبه إلى آخر، وصحح أن يكون فى التركة][1].

الكتابة

وقوله: باب: صحة كتابة ذى تبرع، غير مرتد، لا إن بقى رق، إلا لعجز وصية بمؤجل بنجمين فأكثر بعلم فمنفعة عين سنة نجم بكاتبت مع تعليق عتق بأداء أو نيته وقبول وبطلب أمين كسوب ندبت.

أى: اعلم أنها سميت كتابة؛ لما فيها من ضم نجم إلى نجم، ولأنها تشهد عليها بالكتابة غالبًا.

وإنما تصح ممن يصح منه التبرع؛ لأنها تبرع إذ السيد يبيع ماله بماله.

فلا تصح من فاقد رشده ولا من وليه، أصلاً كان أو غيره، ولا من المريض إلا فى الثلث. وأما المرتد فالأظهر أن ملكه موقوف.

فعلى هذا هو أهل للتبرع القابل للوقف كالعتق والتدبير والوصية؟ لكن الكتابة كالبيع مما لا يقبل الوقف، فهى من المرتد باطلة على الأظهر.

وأما الكافر الأصلى فيصح كتابته حربيًا كان أو ذميًا؛ لنفوذ تبرعاته، لكن الحربى إذا قهر المكاتب ملكه وبطلت الكتابة، كما أن المكاتب إذا قهر سيده ملكه.

نعم إذا كاتبه وفارقه ولم يحصل له عليه استيلاء دامت الكتابة.

وأما كتابة العبد المرتد فجائزة كعتقه وبيعه، فإن أدى المال من كسبه أو أدى عنه عتق.

ولا تبطل الكتابة بالردة، ولا يصح كتابة بعض الرقيق إلا إذا كان باقيه حرًا فأما إذا بقى فيه رق لم تصح.

وإذا كان بين اثنين عبد فكاتباه معًا أو وكلا من يكاتبه، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه - صحت، فإن انفرد كل بكتابة البعض لم تصح.

لكنه إذا أدى إليهما المال عتق؛ لوجود الصفة، واسترد العبد ما سلم ولزمه قيمته لهما، فإن كان لواحد وكاتب بعضه لم تصح، لكن إذا أدى عتق؛ لوجود الصفة وسرى إلى

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الباقى، نعم إذا أوصى بأن يكاتب عبده بعد موته فعجز الثلث، ولم تجز الورثه، فإنه يجوز أن يكاتب بعضه الذى يحتمله الثلث.

وإن كاتب عبدًا فى المرض فعجز الثلث عنه نفذ فى بعضه، لكنه هنا كاتبه فى الجميع، والتبعيض عارض.

ويشترط أن يكون مؤجلاً، والأجل يستلزم الدين، فلا تصح كتابة[١] على معين؛ لأن المكاتب لا يملك حينئذ شيئًا.

ولا يجوز أن يكون الدين حالًا؛ لعدم الملك حينئذ، نعم جوزوا أن يكون أحد النجمين منفعة عين.

وإن كان يشترط فى صحتها اتصال العمل بالعقد؛ لأنه قادر على ذلك.

فإذا كاتبه على أن يعمل بنفسه فى أرضه سنة، وعلى دينار يؤديه بعد شهر - جاز.

ولو أراد أن ينجم العمل نجمين لم يجز؛ لأنه لا يجوز شرعًا[٢] تأخير العمل فى إجارة العين.

كما لا يجوز شرط تأخير التسليم فى البيع، ولو كاتبه على العمل فيها سنة، وعلى إلزام ذمته خياطة ثوب معين بعد شهر صحت الكتابة؛ لأنه لا يتعين خياطة ثوب وإنما عليه تحصيل الخياطة.

ويشترط أن يكون العوض[٣] منجمًا بنجمين فأكثر، ككاتبتك على دينارين تؤدى أحدهما بعد يومين مثلاً والآخر بعد شهر.

وله أن يزيد فى النجوم ما شاء، ولا يجوز على أقل من نجمين اتباعًا للسلف، ولا فرق بين قلة النجم وكثرته، وطول مدة الأجل وقصرها.

ويشترط أن يكون الأجل معلومًا والنجوم معلومة، وإليه الإشارة بقوله: بعلم، ولا تصح الكتابة إلا بلفظها وهو قول السيد: كاتبتك على كذا ونوى العتق بالأداء، مع تعليق العتق بالأداء [مثل أن يقول: فإذا أذنت فأنت حر، فلو قال: كاتبتك ونوى العتق بالأداء][٤] قامت النية مقام التصريح بهذا التعليق.

فإن لم ينو لم يصح بخلاف التدبير.

---

(١) فى أ: كتابته.
(٢) فى أ: يجوز شرط.
(٣) فى أ: العرض.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ويشترط القبول من العبد، ولا يكفى قبول الأجنبى كما يكفى فى الخلع.

وإذا طلب العبد الكتابة لم تجب إجابته، وفى وجه تجب؛ إذا كان أمينًا كسوبًا، والأصح أنها حينئذ تستحب فقط، والأمر بالآية[(١)] للندب، ولا يجوز إجبار أحدهما عليها.

[وقوله فى الحاوى: «صحت كتابة أهل التبرع» إلى قوله: «بطلب أمين كسوب» فيه أمور:

أحدها: قوله: «أهل التبرع»، فى بعض النسخ «أهل تبرع»، وهو أحسن ليحسن استثناء المرتد لما بينا أن التبرع الذى يقبل الوقف؛ كالعتق قد يصح من المرتد بالعود إلى الإسلام.

الثانى: قوله: «وبعضه فى الوصية» أطلق جواز العقل على البعض فى الوصية، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا عجز الثلث، بأن أوصى بكتابة عبده فعجز الثلث، ولم يجز الوارث، فإنه يعقد الكتابة على بعضه، أما كاتب بعضه فى المرض أو أوصى فلم يفرق أحد بين الوصية وغيرها، إذ إن بعض شراح الحاوى فهم ذلك منهم، وأقره عليه.

الثالث: قوله: «وبمنفعة عين معلومة» جعله قسمًا لقوله: «بنجمين أو فأكثر» فأوهم أن منفعة العين، وعدم مقام النجمين؛ لكونها تقع منجمة، وليس كذلك كما بيناه][(٢)].

وقوله: فإن أبرأ أو أقبض أو قبض له بحق ولو من مجنون لا فاسد كمحتال قسط أحد مكاتبيه لا قسطه من مشترك وإن أوثر عتق بولد حدث لها أو له من أمته بلا إيلاد.

أى: فإن أبرأ السيد المكاتب، أو قبض العوض الذى كاتبه عليه بنفسه، أو قبض له وكيله أو القاضى أو القيم إن كان سفيها أو مجنونًا، وكذا إن امتنع السيد من القبض، وقبض له القاضى - عتق المكاتب، سواء كان المكاتب المقبوض منه عاقلًا أو مجنونا؛ لأن للسيد ومن قام مقامه الاستبداد بقبض حقه.

هذا هو المعروف فى المذهب.

وقال الإمام: لا يستبد بأخذه إلا إذا عسر عليه الوصول إلى حقه فإن لم يعسر لم يصح[(٣)] القبض.

ويشترط أن يكون القبض صحيحًا، أما إذا أحال عليه السيد، أو باع النجوم على[(٤)]

---

(١) فى أ: فى اليد.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: يحصل.
(٤) فى أ: من.

رجل فقبض من المكاتب فإنه لا يعتق بهذا القبض؛ لفساد الحوالة بالنجوم وبيعها وفساد القبض.

وأما قبضه قسط المكاتب فصحيح لا قسط السيد فيه، يعنى أنه إذا كاتب عبدين أو عبيدًا صفقة واحدة بمائة مثلًا فإنه يصح، ويوزع المسمى على قدر القيم.

فإذا قبض أو قبض له قسط واحد منهم عتق، ولا نقول: إن عتقه متوقف على عتق غيره، بخلاف ما إذا كاتب الشركاء عبدًا فأدى إلى أحدهم كل نصيبه فى المكاتب دون الباقين لم يعتق؛ لأن ما يحصله بالكسب مشترك بينهم فلا يصح قبضه سواء آثره الشركاء أم لا؛ لأنه ليس لأحدهم أن يتصرف فى نصيبه قبل قبضه، وإذا عتقت المكاتبة عتق معها كل ولدها ولو[1] بعد الكتابة، سواء كان حملًا حال الكتابة أو حملت به بعدها.

وقيل: لا يتبعها ما كوتبت وهو حمل. وإذا عتق المكاتب أيضًا عتق معه ولده من أمته أيضًا، ولا يثبت لأمته الاستيلاد؛ لأن ولده منها انعقد مملوكًا. وقد علمت أن المكاتب لا يجوز له وطء أمته وإن أذن له السيد، لكن لو وطئ لم يلزمه الحد للشبهة، ويلحقه النسب ويعتق معه إذا عتق.

وقوله: وبإبراء وارث وعتقه عتق عن الميت ولم يسر وإن أنكر الباقون، وبهما من شريك بان سريان بفسخ، وبإنكار الآخر سرى عتق لا إبراء، وعتق نصيب من قال: قبضنا وشاركه المنكر أو طالب ولم يسر ولا رجوع، وحلف وارث مبرئ واحد أنه ما علمه ثم أقرع.

أى: وإذا كاتب رجل رقيقه[2] ومات وخلف ابنين، فأبرأ أحدهما المكاتب عن نصيبه أو أعتقه - عتق عن الميت، وكأنه بعتقه إياه أبرأه عن نصيبه؛ لأن عقد الكتابة لازم، وللميت حق ولم يسر إلى الباقى وإن كان موسرًا؛ لأنه عتق عن ميت ولا ملك للميت فهو معسر.

وولاء ذلك البعض للميت لا يختص به معتقه دون أخيه إذا عجز، هذا إذا[3] كان الوارث الآخر معترفًا بكتابة أبيه للعبد.

وإن كان منكرًا اختص الآخر بالولاء؛ لأن ولاء النصف بينهما نصفين بزعمه، لكن الآخر قد استوفى نصف كسب العبد بدعواه الملك، فيستوفى المعتق النصف الآخر

(١) فى أ: واحد لها ولد.
(٢) فى أ: رقيقا.
(٣) فى أ: وسواء.

بالولاء؛ كمن ظفر بحق غريمه المنكر. انتهى.

هذا هو الأظهر من القولين الذى بنى عليهما فى العزيز والروضة مسألة المنكر، قال فى الروضة: ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه عتق، وفى سرايته قال الأكثرون: قولان كما لو صدقاه. انتهى.

والقولان المذكوران الأظهر منهما ألا سراية، وهما مذكوران فى المسألة الرابعة قبل هذا الفرع؛ لأنه يعتق عن الميت.

وإن كان بين اثنين عبد فكاتباه على مال، فقد بينا أنه يصح، وأنه إذا أدى لأحدهما نصيبه لم يعتق فى الحال؛ لأن فى عتقه ضررًا على الشريك فى إبطال الولاء وعلى المكاتب؛ لامتناع استتباعه الكسب.

فإذا أعتقه أحدهما أو أبرأه من نصيبه عتق نصيبه.

ثم ينظر: فإن أعتقه شريكه أيضًا أو أبرأه أو قبض[1] منه حصته بعد ذلك عتق نصيبه أيضًا، وكان الولاء بينهما أيضًا. وإن عجز وانفسخت الكتابة تبينا أن العتق سرى إلى نصيبه من يوم عتق نصيب شريكه.

ولو أنكر شريكه الكتابة نظرت: فإن كان المعترف أبرأه مما عليه لم يسر؛ لأن منكر الكتابة لم يعترف بعتق نصيب شريكه ويعتقد أنه لغو.

وإن أعتق نصيبه سرى إلى نصيب المنكر إن كان المعتق موسرًا، وكان له الولاء كله.

وإن ادعى عبد على سيديه - وقد كاتباه - أنه أدى إليهما فصدقه أحدهما وقال: قبضنا جميعًا، عتق نصيب المقر دون المنكر، ولم يسر إلى نصيبه؛ لأن المقر يقول: عتق النصيبان معًا فكيف تلزمنى السراية؟ والمنكر يقول: أنا مكاتب له ولم أقبض نصيبى، فكيف يفوت على حقى من الولاء بالسراية؟

وللمنكر مشاركة المقر فيما اعترف بقبضه، ومطالبة المكاتب بالباقى، وإن شاء طالبه بالجميع.

وليس للمقر الرجوع على العبد بما شاركه فيه المنكر؛ لأنه يقول: الظالم لى غيره. وإن لم يشاركه وطالب العبد بالجميع، لم يكن للعبد الرجوع على المقر؛ لأنه يقول: الظالم لى غيره.

وإذا كاتب رجل عبدين وأقر أنه أبرأ واحدًا منهما، أو استوفى منه ولم يعينه، ومات قبل

---

(١) فى أ: نقص.

البيان، وادعيا أن الوارث يعلم عينه - لزمه الحلف على نفى العلم. فإذا حلف أقرع بين العبدين، فمن خرجت قرعته عتق.

[وقوله فى الحاوى: «وعتق بولده من أمته بلا استيلادها» إلى قوله: «وسرى لا هما إلى منكرها» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وولدها» أراد ولدها المولود بعد الكتابة، أما المولود قبلها فلا.

الثانى: قوله: «وإن أقر به شريك نصيبه ولم يسر»، أراد إذا أقر بالقبض، وهذا لا يستقيم إلا إذا أقر بقبضه؛ وقبض شريكه وأما إذا أقر بقبض نصيبه وحده فقد سبق أنه لا يعتق فليحمل كلام المصنف على إقراره بقبضها جميعًا، وإن كان إطلاقه موهمًا خلافه.

الثالث: قوله: «وإن أعتق وارث عتق بكتابة ميت، كان إبراء أو قبض» هذا صحيح فيما إذا أعتق أحد الورثة أو أبرأ أما إذا قبض فإنه لا يعتق لما بينا أن المقبوض مشترك بين الورثة، فكيف يتصور أن يستوفى نصيبه دونهم.

الرابع: قوله: «ويسرى لا هما إلى نصيب منكرها» قضى بأن أحد الورثة إذا أعتق نصيبه سرى إلى نصيب الباقين، والأظهر؛ كما قال فى «العزيز» و«الروضة» أنه لا يسرى لما بينا][1].

وقوله: وينفق مكاتبه لحاجة ويقتص به، وله كسبه إن رق، وإن رد نجم بعيب أو استحق بان الرق. ولو قال: عتقت للقرينة كالطلاق وإن رضى به بان العتق.

أى: إن كاتب عبدًا ولم يجد كسبًا لزم السيد إنفاقه، وإذا قتل المكاتب قبل الأداء انفسخت الكتابة وعاد رقيقًا، فللسيد المطالبة ببدله قصاصًا أو قيمة.

وإذا عجزه السيد، أو عجز نفسه ورق كان كسبه فى حال الكتابة للسيد، إلا ما أخذه من الزكاة فإنه يجب رده أو غرمه، كما سبق فى الزكاة.

وإذا أدى المكاتب مال الكتابة عتق، فإن بان ما أداه معيبًا نظرت:

فإن رده بالعيب بان أن لا عتق سواء صرح بعتقه بأن قال: حينئذ اذهب فأنت حر، أم اكتفى بمقتضى العقد. وكذا إذا قيل له: أعتق عبدك؟ فقال: نعم. وهذا على الأصح الذى قاله الإمام وغلط من قال بخلافه، فإذا اقتضت[2] القرينة بأن اعترف[3] بحريته على ظن استيفاء حقه وقيل: تقبل دعواه ظن العتق بسبب لا يقتضيه وإن لم تدل قرينة، حتى قالوا لو

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: قضت.
(٣) فى أ: اعترافه.

قيل له: أطلقت امرأتك؟ فقال: نعم، ثم قال: صدر منى لفظ ظننته طلاقًا، وبان غير طلاق، قبل منه.

والصحيح أنه لا تقبل حتى تظهر القرينة.

ولو تلف العوض وعلم به عيبًا طالب[١] بالأرش، فإذا امتنع فللسيد إرقاقه؛ كما لو امتنع من أداء بعض النجم.

وكذلك إذا خرج ما أدى مستحقًّا، بان أن لا عتق ولا إقرار لظهور القرينة، هذا إذا رده.

فإن لم يرده بالعيب بل رضى به بان العتق من حينئذ، ولا يشترط رد هذا المعيب على الفور؛ لأن العقد فيه على موصوف فى الذمة لا ينفسخ العقد برده، بخلاف المبيع أو الثمن المعقود على عيبه[٢] فإن الرد فيه يبطل العقد، فاشترط الفور فيه.

وقوله: ولزم قبل عتق حط متمول أو بذله من جنسه والنجوم كرهن به إن مات ولو عجل ليبرئه فأبرأه لغيا واسترد لا إن رضى.

أى: ويلزم من كاتب رقيقه كتابة صحيحة الإيتاء، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

وهل الأفضل أن يحط السيد عنه من مال الكتابة أو يبذل له شيئًا يؤديه فيها؟ وجهان، الأصح أن الحط أفضل ولا يتقدر بل يجزئ أقل متمول.

ويستحب قدر الربع ثم السبع، ويلزم أن يكون المبذول من جنس مال الكتابة، فلو كانت بدنانير وبذل له بدراهم لم يلزمه قبولها على الصحيح إلا إذا رضى بها السيد عما له عليه.

ووقت الإيتاء قبل العتق على الصحيح، فإن أخره لزمه القضاء، فلو مات قبله[٣] صار دينًا متعلقًا بالنجوم تعلق الدين بالمرهون.

فإن لم يبق نجوم فهو من جملة الديون.

وإذا عجل المكاتب مال النجم قبل حلوله، بشرط أن يبرئه بشىء مما عليه وأقبضه إياه - لم يصح القبض.

فلو أبرأه ظانًّا صحة القبض لم يبرأ، وللمكاتب استرداد ما عجل، نعم إن رضى المكاتب بقبضه مما عليه بعد العلم بفساد الإبراء فله قبوله[٤] من نفسه.

---

(١) فى أ: طالبه.
(٢) فى أ: عينه.
(٣) فى أ: قتله.
(٤) فى أ: قبله قبضه.

وقوله: ولسيد ووارث وموصى له برقبة من عجز فسخ موسع، وإن أمهل موصى له بنجمه إن عجز لا عما يحط ولا تقاص أو غاب عن محله بلا إذن بعده حتى يثبت له رجوعه ويقصر.

أى: وللسيد ووارثه إن مات أن يفسخ الكتابة إذا عجز المكاتب عن الأداء فسخًا موسعًا لا يشترط فيه الفور.

وكذا للموصى له برقبة المكاتب دون منافعه أن يفسخ بالعجز، وإن أمهل مستحق النجم سواء كان هو الوارث أو وصى آخر ليصل الموصى له برقبة المكاتب دون منافعه، أن يفسخ بالعجز وإن أمهل مستحق النجم سواء كان هو الوارث أو وصى آخر ليصل الموصى له بالرقبة إلى حقه.

واعلم أن الوصية برقبة المكاتب لا تصح إلا إذا علقت بالعجز. وإليه الإشارة بقوله: وموصى له برقبة من عجز.

ثم يشترط أن يكون المعجوز عنه أكثر من القدر الذى يجب أن يحط عن المكاتب، فإن بقى قدره لم يكن له أن يفسخ؛ لأنه مستحق عليه مثله.

وليس له أن يقاصصه؛ لأن العتق معلق بالأداء، فليرفع الأمر إلى الحاكم ليفصل بينهما. والفسخ أن يقول: فسخت الكتابة، أو أبطلتها، أو عجزتك ونحو ذلك.

ولا بد فى العجز من قول المكاتب: عجزت. وقيل: تكفى البينة بعجزه. وكذلك للسيد الفسخ إذا حل الأجل والمكاتب غائب من قبل الحلول ولو بإذن السيد.

وكذا إذا غاب بعد الحلول بلا إذن، فإن غاب بعده بإذن لم يفسخ حتى يرفع الأمر إلى حاكم بلده ويعلمه برجوعه عن الإذن، وتمضى مدة يمكن فيها الرجوع، فحينئذ يعد مقصرًا، كما فى الناشزة إذا رجعت إلى البيت لا تستحق النفقة إلا بعد هذا الإنهاء، ويقضى مدة الرجوع وقد سبق فى بابه.

[وقوله فى الحاوى: «كأن قال: ظننت وأفتى بضده كالطلاق» مقتضاه على ما فسره شراحه: أن الإنسان إذا أَفْرَدَ بعتق أو طلاق، ثم قال: أقررت لأنه صدر منى لفظ ظننته عتقًا، أو طلاقًا، وأنى استفتيت فأفتيت أنه ليس بطلاق - أنه يصدق، وإن لم تسبق قرينة تشهد بذلك.

وهكذا نقله فى «الروضة» عن الرويانى، والصيدلانى، وقال: لكن قال الإمام: هذا عندى غلط؛ لأن الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله فى دفعه محال، ولو فتح هذا الباب لما استقر إقرار بخلاف إطلاق لفظ «الجزية» عقب لفظ «النجوم»، فإنه محمول على

الإخبار عما يقتضيه القبض، وأشار إلى أنه لو سبق لفظ «وتنازعا» فى كونه طلاقًا كان ذلك قرينة كاد النجوم المستحقة، قال: وهذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به، لكن قال فى الوسيط: لا فرق بين أن يكون قوله: «أنت حر» جوابًا عن سؤال حريته، أو ابتداء وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم أو غيره لشمول العذر، ومال إلى قبول التأويل فى الطلاق وغيره.

قلت: وكلام الوسيط لا يلزم منه عدم اشتراط القرينة، لكن يلزم منه إذا وجدت القرينة ألَّا يشترط الاتصال بها.

الثانى: قوله «ولو عجل ليبرئ الباقى لغا» مقتضاه: أنه إذا عجل ليبرئه لغا التعجيل بهذا الشرط إلا إن رضى المكاتب بقبضه عما عليه، فإنه يصح قبضه.

وليس كذلك بل القبض بهذا الشرط باطل لكن إذا رضى صار مأذونا له فى قبضه فيصير مقبوضا من حينئذ ويصح قبضه من نفسه؛ كما إذا أذن الراهن للمرتهن فى القبض، والمرهون تحت يده فإنه يصح قبضه من نفسه؛ كما إذا أذن الراهن للمرتهن فى القبض، والمرهون تحت يده فإنه يصح قبضه من نفسه.

الثالث: قوله: «وإن وفى» مقتضاه أن الإبراء يصح؛ لأنه خصص البطلان بالتعجيل، والمذهب أنه لا يصح الإبراء، وإذا لم يصح لا يصح العتق.

الرابع: قوله: «حتى يخبر بندمه»، وقضى فى الكتاب: لا يكتفى بالإخبار، وإن اكتفى به فى الشفعة ونحوها، ولابد من إثبات ذلك عند الحاكم وإعلامه بذلك؛ كما فى الناشزة][1].

وقوله: أو امتنع أو بقاض إن جن ولو مليًا ورأى، وأنظر لأخذ من حرز ثم حد قرب ومقر مليء وثلاثًا لكساد، وقدم دين معاملة، ثم أرش على نجم وبحجر وجب، فإن عجز استويا لا فى رقبته وسقط ما لسيده، ويعجزه ذو أرش بحاكم إن لم يفده سيده، وله أخذ نجم بدينه.

أى: إذا امتنع المكاتب من تسليم نجم أو بعضه - وهو قادر - لم يجبر؛ لأن الحظ له فللسيد الخيار إن شاء فسخ أو صبر.

وإن جن المكاتب وهو عاجز عن الأداء فللسيد الفسخ، لكن بعد الرفع إلى القاضى فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم ويطالب، ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق إن لم يكن له مال.

وإن كان له مال، ورأى الحاكم فى عتقه مصلحة أذن له فى قضائه من ماله.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإن خشى ضياعه فله أن يمنعه من أخذ النجم؛ نظرًا للجنون. هكذا نقله الغزالى واستحسنه الرافعى، فإذا فسخ لكونه لا مال له ثم ظهر له مال: فإن كان فى يد السيد نقض التعجيز وحكم بعتقه، وإن لم يكن عنده استمر رقه؛ لأنه فسخ لتعذر وصوله إلى حقه، ثم إذا حل النجم على المكاتب فلا يرهقه السيد بل عليه إمهاله إلى الإخراج من الحرز.

فإن كان ماله غائبًا ولا حاضر له، فقد أطلق الإمام والغزالى أن له الفسخ.

قال الرافعى: وليحمل على تفصيل ذكره البغوى وابن الصباغ وغيرهما: أنه إن كان على مسافة القصر لم يلزمه التأخير، وإن كان على دونها لزمه.

ويمهل لتقاضى دين حال على مليء مقر؛ لأنه كالوديعة.

وإن كان معه عروض يبتاع[(١)] على الفور أمهل، وإن احتاج إلى مدة فالأصح أنه يمهل، وقدر بثلاث وقيل بأكثر.

وإن اجتمع عليه دين معاملة وأرش جناية، فله تقديم ما شاء.

والأولى أن يقدم دين المعاملة، ثم الأرش، ثم النجوم، وليس له تعجيل المؤجل إلا بإذن السيد، هذا إذا لم يحجر[(٢)] على المكاتب.

فإن حجر[(٣)] عليه الحاكم فكذلك لا تحل ديونه المؤجلة على الأصح.

فيجب تقديم [ما شاء، والأولى أن يقدم][(٤)] دين المعاملة؛ لأنه متعلق بالمال الذى فى يده، وسواء كان دين المعاملة للسيد أو لغيره.

ثم يقدم الأرش على النجوم، لاستقراره دونها، ولا يعجز بديون المعاملة ويعجز لأرش[(٥)] الجناية على الأصح.

لكن بالرفع إلى الحاكم ليعجزه، ولو أراد السيد أن يفديه فالأصح أن له ذلك، وإن لم يفده وعجز المجنى عليه مثلاً ورق، سقط ما للسيد من معاملة ونجوم، واستوت الديون التى بالمعاملة والتى بالأرش فى التعليق بما فى يده فقط، فيؤخذ بالحصة.

وأما رقبة المكاتب فلا يساوى[(٦)] فيها بل يختص بها دين الجناية، ولا تعلق لدين المعاملة برقبة المكاتب، فيباع منه بقدر دين الأرش فقط.

---

(١) فى أ: تباع.
(٢) فى ط: يحجز.
(٣) فى ط: حجز.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى أ: بأرش.
(٦) فى أ: تساوى.

ويتعلق دين المعاملة بذمته يتبع به إذا عتق، وللسيد أخذ النجوم بدينه الآخر، وتعجيزه بعد ذلك.

[وقوله في الحاوى: «وانظر ليخرج من الحرز» إلى قوله: «وإن عجز سقط للسيد وسوى لغير» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وانظر ليخرج من الحرز» واقتصر عليه فأوهم أنه لا ينظر أكثر من ذلك، والذى ذكره فى «العزيز» و«الروضة» أنه لو كان له مال دون مسافة القصر أمهل لحضوره، كما علمته الجمهور، وحمل الرافعى كلام الغزالى وشيخه عليه، ولو كان له عروض تباع على الفور أمهل، وكذا إن أبطأ بيعه قدر ثلاثة أيام على الأصح وإلا فسخ.

الثاني: قوله: «أو جن لا إن وفى ماله فيؤدى القاضى إن رأى» مقتضاه: أنه لا يرفع إلى القاضى إلا إذا كان له مال، والذى ذكره فى «العزيز» و«الروضة» أنه لابد من الرفع إلى القاضى سواء كان عاجزًا أم مليًا فإن لم يكن له مال فسخ؛ كما سبق بيانه.

الثالث: قوله: «وإن عجز سقط للسيد وسوى لغير» يعني: إذا عجز المكاتب وهو رقيقا سقط ماله واستوى دين المعاملة والأرش فيأخذان بالحصة، وليس ذلك على إطلاقه بل هذا فيما فى يد المكاتب من المال، وأما إذا عجز وبيع فى الجناية، فإن صاحب دين المعاملة لا يشارك المجنى عليه؛ لأن دين المعاملة لا يتعلق برقبة المكاتب، بل يبقى فى ذمته إلى أن يعتق][(١)].

وقوله: وتنفسخ بموته وفسخ شريك، وحلف مدع تساوى ما أديا معًا ونافى عتق ميت جر ولاء.

أى: وتنفسخ الكتابة بموت المكاتب قبل تمام الأداء، سواء أخلف وفاء أم لا، وسواء قل الباقى أم لا.

ولا يقال: يحسب له ما يستحق من الإيتاء؛ لأنه مجهول يحتاج إلى تقدير فلا يسقط به معلوم.

بل لو أرسل وكيله فمات قبل الإقباض مات رقيقًا هو ومن يكاتب عليه من ولد ووالد.

وإذا كاتبه شريكان وعجز فأمهله أحدهما، وعجزه الآخر انفسخت فى الجميع ولم يتبعض كما فى الابتداء.

فإن قيل: فلم قلتم أنه إذا بقى عليه قدر الإيتاء لم يكن له أن يفسخ الكتابة وهو مجهول؟

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

قلنا: الإيتاء واجب للمكاتب، فإذا أدى وبقى قدر يصلح أن يكون مثله إيتاء، منع السيد من تفويت العتق عليه بشىء مستحق عليه.

فإن قيل: فإذا كان مستحقًّا فلم لا تصلح[١] المقاصة ويعتق؟ قلنا: العتق معلق بالأداء ولم يحصل، والإيتاء لا يتعين من النجوم.

فإذا مات مات رقيقًا؛ لعدم وجود الصفة.

وإذا كاتب رجل عبدين، وكانا يؤديان النجوم معًا، فادعى النفيس أن النجوم بينهما على قدر المالين، وقال الخسيس: بل بيننا بالسوية، فالأصح أن القول قول الخسيس مع يمينه، ولو زاد ما ادعاه على ما عليه؛ لاستوائهما فى اليد.

وإذا مات المكاتب وله أولاد وعليهم الولاء لمعتق[٢] الأم، فادعى سيده أنه مات حرًّا بالأداء أو بإعتاقه، وأن الولاء فى أولاده انجر إليه؛ فالقول قول موالى الأم مع يمينهم إن لم تقم البينة.

ولا يختص هذا بالمكاتب بل يطرد فى كل عبد مات عن ولد ويكون ما بيد المكاتب لورثته مؤاخذة للسيد بإقراره.

وقوله: ولا تصرف لسيد فيه فإن وطئها فمهر وإيلاد، لا حد ولا قيمة ولد، وعامله كأجنبى.

أى: ليس للسيد تصرف فى مكاتبه فلا يبيعه، ولا يهبه ولا يوصى به، لكن لما كانت الوصية تقبل الغرر وتصح بما سيوجد[٣]، جاز أن يوصى به إذا عجز؛ كما جازت الوصية بمن سيشتريه.

ويحرم عليه وطء مكاتبته لاختلال الملك، فإن وطئها لزمه المهر وصارت أم ولد للشبهة، ولم تنفسخ الكتابة، ولا حد عليه فى وطئها؛ لبقاء الملك، والولد حر نسيب لا تجب قيمته؛ لأنها علقت به فى ملكه.

فإن مات قبل عجزها عن الكتابة عتقت، وكأنه أعتقها أو أبرأها، وتبعها كسبها، ويعتق معها من تكاتب[٤] عليها.

والمكاتب فى معاملة السيد كالأجنبى؛ فيبيع ويشترى منه ويشفع كل واحد منهما على

---

(١) فى أ: تحصل.
(٢) فى أ: لمعتقى.
(٣) فى أ: استؤجر.
(٤) فى أ: يكاتب.

الآخر، وإذا ثبت له عليه دين جرت المقاصصة بينهما كغيرهما.

وقوله: وبإذنه خاطر بنحو أجل وتسليم قبل قبض وتبرع لا بعتق وكتابة وتسر ونكح وزوج عبده واشترى بعضه وفداه، واتهب من عليه نفقته وكفر بمال.

أى: ولا يجوز للمكاتب أن يرتكب خطرًا فى المال إلا بإذن، فلا يصح بيعه بنسيئة، ولا تسليمه المعقود عليه قبل قبض العوض. ولا السلم وإن كان حالًا؛ لأنه يقتضى تسليم العوض أولًا. كل ذلك لا يصلح إلا بإذن السيد؛ لأن حق السيد؛ لم ينقطع عما فى يد المكاتب.

وليس له الاستقلال بالتبرعات، فلا يبرئ ولا يهب ولو بالثواب إلا إن شرط وقدر، فإنها تكون بيعًا فيصح إن لم يكن غبن، ولا يجوز التسليم قبل القبض.

وكذلك لا يتزوج ولا يزوج عبده إلا بإذنه؛ لما فيه من المؤنة، ولما على المكاتبة إذا تزوجت من خطر الطلاق ونقصان القيمة، ولا يشترى بعضه وهو الولد والوالد؛ لما يتضمن من امتناع تصرفه فيه.

ولا يفدى بعضه إذا جنى إلا بإذن المالك، وكذلك لا يتهب المكاتب ولدًا أو والدًا تلزمه نفقته.

فإن كان البعض قويًا كسوبًا فله اتهابه، بل يستحب ذلك، ولا يعتق عليه؛ لضعف الملك، بل يكاتب عليه على الأصح فيعتق بعتقه ويرق برقه.

ويكفر بالصوم لا المال إلا أن يأذن له السيد، ولا يكفر بالعتق وإن أذن له؛ لأن الرقيق ليس أهلًا للولاء.

ولا يجوز أن يكاتب عبده بإذن ولا غيره، وألا[1] يتسرى؛ ولهذا استثناه مما يجوز له التصرف فيه بإذن سيده.

ويفهم من ذلك أن كل ما لا خطر فيه ولا إضاعة يستقل به كالتجارة والاكتساب وقبول الهبة والوصية وتأديب العبد وإصلاحه بالفصد والحجامة والحد.

وقوله: ودونه اشترى بعض سيد، واقتص وفدى عبده ونفسه بأقل الأمرين وبالأرش من سيد إن عتق بأداء، وإن أبرأه فمما فى يده فقط، وفداه سيد قتله أو أعتقه وتبعه بعتق أرشه.

أى: ويجوز للمكاتب أن يستقل بشراء من يعتق على سيده ولو ملكه دون إذنه، وهو معنى قوله: «ودونه». ويقبل هبته والوصية به ويملكه المكاتب، ولا يعتق عليه[2] السيد؛

(١) فى أ: ولا أن.
(٢) فى أ: على.

لأنه معه كالأجنبى.

نعم لا يخفى أنه إذا عجز المكاتب وفى ملكه بعض السيد أنه يعتق عليه. فإن كان الذى اشتراه شقصًا وعتق لم يسر إن عجز المكاتب نفسه؛ لأنه دخل فى ملك السيد قهرًا.

وإن عجزه السيد، فهل يكون تعجيزه اختيارًا لملكه؛ لكونه طريقًا إليه، أم لا؛ لأنه لم يقصد إلا فسخ الكتابة والملك دخل ضمنًا؟ وجهان الأصح الثانى.

ويجوز للمكاتب أن يقتص إذا جنى عليه أو على عبده، ويقتص من عبده لعبده، ولا يحتاج إلى إذن السيد؛ لأنه من مصالح الملك.

ولو ملك المكاتب أباه فقتل له عبدًا آخر لم يكن له أن يقتص منه بخلاف ولده.

ويجوز أن يفدى عبده إذا جنى، وأن يفدى نفسه أيضًا من غير إذن السيد.

فإن لم يكن فى يده مال فللمجنى عليه تعجيزه ويباع، فإن فضل منه شىء بقى على كتابته إذا أدى حصته عتق ذلك القدر.

وللسيد أن يفديه صيانة للكتابة. والفداء بأقل الأمرين من القيمة والأرش على الأظهر.

وإن جنى على عبد للسيد أو على طرف للسيد، فللسيد أن يقتص منه، فإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال تعلق بما فى يده وفدى نفسه بأقل الأمرين.

قال: فإن لم يفد نفسه من السيد حتى أدى وعتق بالأداء، فالمذهب أن الأرش يتعين بالغًا ما بلغ بخلاف الأجنبى.

والفرق: أن ما للأجنبى يتعلق برقبته، والسيد لا يتعلق له حق برقبة عبده، فلما عتق تعلق الأرش بذمته، وبقى الأجنبى على حاله مطالبًا بأقل الأمرين.

ويتعلق الأرش الواجب لسيده[1] بما فى يده، فإن لم يكن لزم ذمته ولا يسقط عنه.

وإذا أعتقه السيد أو أبرأه فعتق تعلق السيد بما فى يده فقط، فإن لم يجد شيئًا سقط؛ لأنه بإعتاقه كالمتلف له.

وإذا أعتق[2] المكاتب والجناية على غير السيد، نظرت: فإن أعتق بالأداء لزمه أن يفدى نفسه بالأقل من الأمرين كما سبق.

وإن كان بإعتاق السيد أو إبرائه لزم السيد أن يفديه؛ لأنه فوت متعلق حق المجنى عليه فهو كما لو قتله.

---

(١) فى أ: للسيد.
(٢) فى أ: عتق.

وإنما يفديه[١] السيد بالأقل على المذهب.

وإن جنى رجل على المكاتب وعتق أخذ أرش نفسه، سواء أعتقه السيد أو أدى ما عليه كما سيأتى.

[وقوله فى الحاوى: «ويفدى نفسه وللسيد وإن أعتقه» إلى قوله: «فله الأرش» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وللسيد وإن أعتقه بأقل الأمرين» يريد أن المكاتب يفدى نفسه من جنايته على السيد بأقل الأمرين من الأرش وقيمته.

ومقتضاه: الإطلاق سواء أعتق أم لا، وليس على إطلاقه، بل هذا إذا لم يعتق بالأداء، أما إذا أعتق، فإنه لا يفدى نفسه من السيد إلا بالأرش بالغًا ما بلغ على المذهب الصحيح بخلاف الأجنبى؛ لأن السيد لم يثبت له فى رقبة المكاتب مال، وإنما يتعلق بما فى يده وذمته.

الثانى: «إن أعتقه» مقتضاه أنه إذا أعتقه بقى الأرش ثابتًا فى ذمته؛ كما لو عتق بالأداء، وليس كذلك بل لا يتعلق حقه إلا بما فى يده وذمته من الكسب، فإن لم يكن فى يده مال سقط الأرش؛ لأنه كان المتلف له باختياره، وإنما أوجبنا له الأخذ مما فى يده؛ لأن الأرش كان متعلقًا به، هكذا ذكره فى «الروضة» و«البيان» وغيرهما.

الثالث: قوله [. . . .][٢].

الرابع: قوله: «وإن أعتق السيد المجنى عليه فله الأرش» يعنى: إذا جنى جانٍ على المكاتب فأعتقه السيد أو أبرأه أخذ أرش الجناية لنفسه، نقله القونوى عن صاحب التعليقة، وقرره عليه، وتبعه شراح الحاوى، ومقتضى كلام الأصحاب خلافه، وقد نقل فى «الروضة» عن الشيخ أبى على أن السيد إذا أعتق المكاتب كتابة صحيحة استتبع كسبه وولده بخلاف ما إذا أعتقه فى الكتابة الفاسدة، قال: وعرضت هذا على القفال، فارتضاه، وقد نصوا على أن الأرش من جملة الاكتساب][٣].

وقوله: وفاسدها بفقد شرط لا الباطلة، بإكراه وحجر وعوض لا يقصد كهى، لا فى حط وسفر وإبراء وفطرة وزكاة وعتق باعتياض وفسخ بفسخ سيد وموته وتصرفه فيه وحجره وجنونه وتعجيل ونية تعليق ورجوع إلى قيمة.

---

(١) فى أ: لم يفده.

(٢) بياض فى المخطوط.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: وفاسد الكتابة كهى، يعنى كالكتابة الصحيحة، وأما الباطلة فليست من الكتابة فى شىء. فالفاسدة ما صدرت من مطلق التصرف عن اختيار، وكان العوض مقصودًا.

ولكن فسدت بفقد شرط، كحلول العوض أو تعيينه، أو كونه غير منجم أو كان خمرًا، أو كانت الكتابة على بعض العبد.

فكل هذا يفسد عقد الكتابة، ولها حكم الكتابة الصحيحة إلا فيما استثنى.

وإن صدرت من ممنوع من العقد محجور[1] عليه فيه، كالصبى والمجنون والسفيه فهى باطلة، سواء كان ذلك صفة للعبد أو للسيد.

وكذا تبطل بالإكراه، ولو من جانب، وكذا إذا كان العوض مما لا يقصد كالدم والحشرات بخلاف الخمر والخنزير.

وأما إذا لم يحصل الإيجاب والقبول المتطابقان، فما هناك كتابة توصف ببطلان ولا فساد.

وقد فرقوا بين الباطل والفاسد هنا وفى الحج والعارية والخلع، ولم يفرقوا بينهما فى غير ذلك، ثم المغلب فى الصحيحة المعاوضة، وفى الفاسدة التعليق بصفة.

واعلم أن التعليق ثلاثة أنواع:

الأول: التعليق بالصفة التى لا عوض فيها؛ كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر.

الثانى: أن يجرى عوض غير مقصود وهى الكتابة الباطلة، ولا يكون لها من أحكام الكتابة الفاسدة شىء، كقوله: إن أعطيتنى دمًا فأنت حر. فإنه يعتق فيه بوجود الصفة.

الثالث: ما عوضه مما يقصد، والمغلب فيه حكم التعليق، وهى الكتابة الفاسدة، وهى جائزة من الطرفين بخلاف الأولين، ويستقل فيها المكاتب بإكسابه كالصحيحة، وإذا استقلت سقطت نفقته.

وتخالفها فى الحط؛ فإنه يجب أن يحط للمكاتب كما سبق ولا يجب فى الفاسدة.

ويخالفها فى السفر؛ فإنه يجوز[2] للمكاتب كتابة صحيحة المسافرة بغير إذن السيد على المذهب، ولا تجوز فى الفاسدة.

ويخالفها فى الإبراء؛ فإن السيد إذا أبرأ المكاتب كتابة صحيحة عتق عليه بالكتابة واستتبع اكتسابه.

وفى الكتابة الفاسدة لا يعتق بالإبراء، ولا بأداء الغير عنه؛ لأن الصفة لم توجد.

---

(١) فى ط: محجوز.

(٢) فى أ: لا يجوز.

وكذلك يخالفها فى الزكاة، فلا يعطى من سهم المكاتبين؛ لعدم صحة كتابته، ولا تسقط عن سيده الفطرة بخلافه فى الصحيحة.

وإنما سقطت نفقته لاستقلاله بالتصرف، وها هنا وجبت الفطرة دون النفقة.

وكذا العتق بالاعتياض.

واعلم أنهم ذكروا: أنه لا يصح الاعتياض عن مال الكتابة صحيحة كانت أو فاسدة، لكنه إن اعتاض عنه فى الكتابة الصحيحة دون الفاسدة عتق.

وكذلك الانفساخ بالفسخ؛ فإن للسيد أن يفسخ الكتابة [الفاسدة دون الصحيحة لأن الصحيحة لازمة من جهته، وكذلك من جهة المكاتب فى وجه إلا أنه يعجز نفسه والأصح أن له أن يفسخ الكتابة الصحيحة ولا يلزم أيضًا من جهته وكذلك سائر التصرفات فى العبد تنفسخ به الكتابة][1] الفاسدة.

فإذا أوصى به أو باعه أو رهنه انفسخت، ولغا ذلك فى الصحيحة.

وتنفسخ بموت السيد أيضًا، إلا إذا قال: فإن أديت إلى أو إلى وارثى من بعدى فأنت حر. بخلاف الصحيحة فإنها لا تنفسخ بموته كما سبق.

وتنفسخ أيضًا بالحجر على السيد، وبجنونه وإغمائه، بخلاف الصحيحة. فإذا انفسخت الفاسدة ثم أدى المسمى لم يعتق.

فإن قيل: إنها تعليق والتعليق لا يقبل الإبطال. قلت: الفرق أن هذا تعليق حصل ضمن معاوضة.

فإن علم السيد بطلان العوض ورجع، علمنا أن تعليقه كان على تلك المعاوضة، وقد ارتفعت شرعًا فارتفع حكم التعليق.

وتخالفها أيضًا فى التعجيل، فإذا عجل المكاتب كتابة فاسدة العوض لم يعتق على الأصح؛ لعدم وجود الصفة.

وتخالفها فى نية التعليق، فإذا كاتبه بعقد صحيح ونوى العتق بالأداء كان كقوله: إن أديت فأنت حر، فيعتق بالأداء، ولا يعتق بذلك فى الفاسدة إلا بصريح التعليق.

وتخالفها أيضًا فى الرجوع إلى القيمة؛ فإنه فى الكتابة الصحيحة يعتق بما أدى.

وفى الفاسدة يعتق به، ويرجع على السيد بما قبض منه، ويرجع عليه السيد بقيمة يوم العتق؛ لأنه يوم التلف.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإن تلف المسمى فى يد السارق[1] رجع بمثله أو قيمته، وقد يقتضى الحال التقاصص، فإن فضل شيء لأحدهما بعد رجع به.

[وقوله فى الحاوى: «والفاسدة كشرط شراء لا الباطل . . .» إلى آخر الباب فيه أمور:

أحدها: قوله: «العقد من مكلف» يرد عليه السفيه والمفلس، وليس الاحتراز من الصبى والمجنون بأولى من الاحتراز منهما، وقوله فى «الإرشاد»: «وحجر» يشمل ذلك ويشمل غير المالك من الولى وغيره؛ لأنه ممنوع من ذلك شرعا.

الثانى: قوله: «والإيصاء» لا معنى لتخصيص الإيصاء، بل كل تصرف من السيد كالبيع والهبة والرهن والإجارة والإيصاء تنفسخ به الكتابة الفاسدة.

الثالث: قوله: «والاعتياض» مقتضاه أن الاعتياض عن النجوم يصح فيحصل به العتق فى الصحيحة دون الفاسدة، وقال القونوى: أما الاعتياض فلا يصح لكن يحصل به العتق، قال: وبهذا أوله صاحب «التعليق» و«المصباح» ووافقهما ابن النحوى فى شرحه، لكنه تعجب من حمل كلام صاحب «الحاوى» على ذلك، والحق أنه إذا لم يصح الاعتياض لم يقع العتق.

قال فى «العزيز» شارحا لقوله فى «الوجيز»: ويحصل العتق بالاعتياض المفهوم منه أنه إذا أخذ عن النجوم عوضا حصل العتق لبراءة الذمة عن النجوم.

لكن فى جواز الاستبدال عن النجوم خلاف، وإنما يستمر ما أطلقه هنا على تجويز الاستبدال. انتهى.

وهو الحق، ولعل من أول كلام الحاوى على أنه يعتق بالاعتياض وإن كان الاعتياض باطلًا - أخذه من قوله فى «العزيز»: إن فى الاستبدال عن النجوم خلافا مرتبا على جواز بيعها والأظهر المنع، ثم قضى بأنه إذا لم يجز بيع النجوم فباعها وسلمها للمشترى لم يعتق، وإن سلمها إلى السيد أو وكيله عتق، فيقول: والاستبدال هذا الحكم، وليس كذلك؛ لأنه إنما عتق هناك؛ لأن السيد قبض النجوم بعينها المعقود فى الكتابة عليها، وفى مسألة الاستبدال المقبوض غيرها، ولكن الذى يقتضيه كلام «الروضة» فى باب الحوالة من تصحيح الحوالة بالنجوم لا عليها، يقتضى جواز الاستبدال به فليمعن الفقيه نظرًا فى ذلك، وفى «المهمات» ما يقع النظر قال: الصواب جواز الاستبدال، يعنى عن النجوم من المكاتب قال: فقد نص عليه فى «الأم» فى الكتابة ونقل نصه.

---

(١) فى أ: السيد.

الرابع: قوله: «ورد القاضي» قد يتوهم أن القاضي يستقل برد عقد الكتابة الفاسدة دون الصحيحة وليس كذلك، بل المستقل برده وفسخه هو السيد لكن إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رد إلى القاضي، وهكذا كل فسخ يستقل به صاحبه له رفعه إلى القاضي][1].

باب أمهات الأولاد

وقوله: باب: من أتت بمتخطط بإحبال سيد عتقت وولدها بعده بموته، وإن قتلته كمدبر وحلول دين، وعتقت بموت شركاء موسرين ادعى كل إيلادًا قبل ووقف الولاء.

أى: هذا باب أمهات الأولاد. فالمستولدة تعتق إذا مات سيدها؛ لحديث ابن عمر - رضى الله تعالى عنهما - عن النبى ﷺ: «إذا أولد الرجل أمته ومات عنها عتقت بموته»[2].

ويكون عتقها من رأس المال مقدمًا على حقوق الغرماء والورثة؛ لأنه بالاستيلاد كالمستهلك لماله يستوى فيه الاستيلاد فى الصحة والمرض؛ لأنه لو أنفق ماله فى لذاته وشهواته فى المرض نفذ تصرفه.

ولا يشترط للاستيلاد إلقاء الولد التام، بل لو ألقت مضغة ظهر فيها تخطيط التصوير ولو للقوابل وأهل الخبرة من النساء.

أما لو لم يتخطط لكن قلن: هذا لو بقى لتصور؛ لم يثبت به الاستيلاد على الأصح، وإنما تعتق بالموت إذا أحبلها من يملكها حالة الإحبال.

فلو نكح أمة فولدت له ولدًا رقيقًا، ثم اشتراها لم تصر مستولدته فى أظهر القولين، ويعتق الولد.

فلو كان من زنى لم يعتق؛ لأنه غير منسوب إليه، ولو ملكها حاملاً له لم تصر بهذا أم ولد إلا إن أتت به لستة أشهر من وطء بعد الملك؛ لأنه حينئذ يلحقه.

والحكم فيما لو وطئ أمة غيره بشبهة كذلك، إلا أن الولد ينعقد حرًّا كما سبق ذكره.

وإذا ثبت الاستيلاد ثم ولدت بعد ذلك، فلكل ولد يحدث بعدها[3] حكمها، يعتق بموت السيد، ولا تباع، ويستخدم مثلها، فلو أعتقت بقى حكمها لعتق بموت السيد.

ولو قتلت أم الولد السيد عتقت وإن استعجلت؛ لأن الاستيلاد ينزل منزلة العتق.

ولهذا يسرى إلى نصيب الشريك، فلم يقدح فيه القتل بعد نفوذه، كما لو أعتق عبدًا ثم

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) أخرجه أحمد (١/٣٠٣، ٣١٧)، وابن ماجه (٢٥١٥)، والحاكم (٢/١٩)، والبيهقى (١٠/٣٤٦)، عن ابن عباس بلفظ: «أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه».

(٣) فى أ: محدث بعد.

قتله العبد لا يبطل عتقه، وكذلك المدبر إذا قتل سيده عتق؛ لأنه وجدت الصفة التى علق عليها باختياره.

وكذلك يحل دين المديون المؤجل إذا قتله الغريم؛ لأن الأجل جعل رفقًا به وإعانة له على الاكتساب، والميت لا حظ له إلا فى التعجيل لقضاء دينه وبراءة ذمته.

وإذا ادعى كل واحد من الشركاء الموسرين فى الأمة أنه استولدها قبل صاحبه، ومات واحد لم يحكم بعتق جميعها.

وإنما تعتق بموت الباقين؛ لأنهم إن كانوا موسرين فلا شك أنما يقوم على السابق ولكنه مجهول، وقد أقر كل منهم أنها أم ولده. فإذا مات أحدهم حكم بعتق قدر نصيبه.

أما مع الإعسار فظاهر. وإن كانوا موسرين فلأن الميت معترف بموجب عتق نصيبه، وكل من الآخرين معترف له بالشركة مدع انتقال الملك إليه بالسراية، فلا يملك نصيب شريكه بمجرد دعواه ويوقف الولاء فى البيان.

وقوله: وهى بولد قن لا فى نقل ملك.

أى: والمستولدة وما ولدته بعد الاستيلاد حكمها حكم القن فى سائر الأحكام، إلا فيما ينقل به الملك أو يئول إلى انتقاله، كالبيع والهبة والوصية والرهن، فلا يصح بيع المستولدة ولو حكم به حاكم نقض حكمه للإجماع.

وما نقل من اختلاف بين القرن الأول فقد قطعه الإجماع المنعقد بعد.

نعم يجوز بيعها من نفسها؛ لأن ذلك إعتاق. قاله القفال فى فتاويه.

والهبة والوصية كالبيع، وكذا الرهن، فما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.

وله الاستخدام والإجارة والوطء، والقيمة إذا افتدت[1]، والأرش إذا جنى عليها أو على ولدها كسائر الرقيق، ولو وطئ محرمه المملوكة له، صارت مستولدة، والولد حر نسيب، ولزمه التعزير لا الحد على الأصح.

وله تزويج المستولدة على الأصح، كما يزوج أمته جبرًا بغير رضاها.

وقوله فى الحاوى: ومن أتت بظاهر تخطيط إلى آخر الباب، فيه أمران:

أحدهما: قوله: عتقت وولدها بعده كالتدبير، هذا ما صححه الرافعى، أن ولد المدبرة يتبع أمه فى التدبير.

قال النووى - رحمه الله - فى الروضة: قلت: الأصح عند الأكثرين لا يتبعها.

---

(١) فى أ: قتلت.

الثانى: قوله: ولا يبيعها[١] يعنى من غيرها، ويجوز أن يبيع كلًّا منهما من نفسه؛ لأنه بإعتاق كما سبق والله أعلم. وهو الموفق للصواب، وإليه المرجع والمآب، [وإياه أسأل أن يختم لى ولمؤلفه ومحصله وقارئه ووالدينا ومن ولد والدينا ومشايخنا وآبائهم والمسلمين بخير ويجعلنا مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين والشهداء والصالحين. وحسن أولئك رفيقا. وصلى الله على سيدنا خير خلقه سيد الأولين والآخرين محمد النبى الأمى وعلى آله وصحبه أجمعين صلاة وتسليما إلى يوم الدين.

تم الكتاب بعون الملك الوهاب. أنهاه كتبا وتصحيحًا وقراءة على الإمام العلامة فريد عصره ووحيد دهره شمس الملة والدين: محمد بن الحسن الرمادى الكردى الشافعى عفا الله عنه ونفعنا ببركات علومه آمين][٢].

تم الكتاب وهو الجزء الثانى من شرح الإرشاد المشهور بالتمشية لابن المقرى.

مدح الإرشاد

أبيات للفقيه شجاع الدين عمر بن محمد الفتى غفر له فى مدح الإرشاد قال:

وللإرشاد يرتحل اللبيب ... وعن أوطانه حججًا يغيب
فدونكم أولى الهمم العوالى ... فما هو فيكم سهل قريب
قليل حجمه جم الفتاوى ... صحيح الحكم منفتح عجيب
خميص اللفظ ممتلىء المعانى ... تميل إلى عبارته القلوب
إذا اشتدت عبارات الكتاب ... وضاف بكم لها يوم عصيب
وأوما الفكر من بعد وهذا ... وجدت كلامه رطبًا يذوب
إذا ذخرت خزائن للفتاوى ... فحسبكه ترى منه تجيب
إليه يرجع المفتون طرا ... إذا ثارت لمشكلة حروب
إذ المفتى عليه الوهم يأتى ... وراجع نفسه أبدًا يصيب
فمن لم يعتقد ما قلت فيه ... فذلك حاسد خب كذوب
ولست بمدحه أهلًا ولكن ... بهذا ينقضى عنى الوجوب
وصلى الله خالقنا على من ... به تمحى الخطايا والذنوب

(١) فى أ: يتبعها.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

آخره:

إلـى الإرشـاد يـنـتـقـل الـلـبـيـب ويـــقـــرؤه إذا وجـــد الأديـــب

وقال:

كسا الله إسماعيل ثوب مهابة وأسكنه بحبوح جنته الخضرا
بتصنيفه الإرشاد هذا الذى سما على كل مبسوط ومختصر طرا
حوى ما حوته الأمهات بأسرها وأبـدى زيـادات مـجـللة غـرا
مسائله ستون ألفًا صريحة ومفهومها عشرون يتبعها عشرا
فأكرم بها بحثًا ودرسًا مكررًا وعش سيدًا فى الناس يا خاملاً ذكرا
جزى الله بالخيرات عنا مصنفًا لقد أوضح الحاوى فحاز به فخرا

* * *

وقال:

يا رب فارحم مصنف الإرشاد بحرمة النبى خير البشر

* * *

وقال:

الحمد لله على التمام وعلى النبى أفضل السلام

كتبت ببدن الضعيف، ببركة اللطيف، ببدن العاصى، وبقلب القاسى، والله ناصر للصابرين

* * *

وقال:

إذا اسودت حواشى الكتب قولاً أضاء الوجه فى وقت الجواب

* * *



فهرس المحتويات

❊ ❊ ❊